

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE

sur le

CAUTIONNEMENT par SPONSIO

En Droit Romain

Thèse pour le doctorat juridique

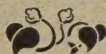
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 29 novembre 1911, à 2 heures, du soir

PAR

ALPHONSE BUISSON

LICENCIÉ EN DROIT



LYON

IMPRIMERIE DE LA « REVUE JUDICIAIRE »

23, Rue Claudia, 23

—
1911

Etude sur le Cautionnement par Sponsio

En Droit Romain



Digitized by the Internet Archive
in 2026



UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE

sur le

CAUTIONNEMENT par SPONSIO

En Droit Romain

Thèse pour le doctorat juridique

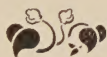
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 29 novembre 1911, à 2 heures du soir

PAR

ALPHONSE BUISSON

LICENCIÉ EN DROIT



LYON

IMPRIMERIE DE LA « REVUE JUDICIAIRE »

23, Rue Claudia, 23

—
1911

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. ✱, I. ✻, Doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

THALLER, ✱, I. ✻, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ✻, professeur honoraire.

FLURER, I. ✻, doyen, professeur de Droit civil.

GARRAUD, I. ✻, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. ✻, professeur de Droit romain.

COHENDY, O. ✱, I. ✻, professeur de Droit commercial.

PIC, I. ✻, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. ✻, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. ✻, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. ✻, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. ✻, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. ✻, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

BROUILHET, I. ✻, professeur d'Economie politique.

HUVELIN, I. ✻, professeur de Droit romain.

LÉVY, I. ✻, professeur de Droit civil.

GONNARD, A. ✻, professeur d'Histoire des Doctrines Economiques et d'Economie politique.

BOUVIER-BANGILLON, I. ✻, professeur de Procédure civile.

BECQ (J.), I. ✻, secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

MM. APPLETON CHARLES, *Président de Thèse.*

HUVELIN, *Professeur.*

LAMBERT, *Professeur.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Dans le courant de l'année 1907, était éditée à Berlin et paraissait écrite en langue allemande une étude sur le cautionnement en droit romain signée de M. Ernest Lévy, laquelle, dès son apparition, par l'originalité dont l'auteur a fait preuve soit dans les idées directrices dont il s'inspire, soit par celle des conséquences qu'il en déduit, souleva en Allemagne une très vive polémique (1). Ce livre, intitulé « Sponsio, Fidepro-

(1) Peu après la publication de la *Sponsio* de M. Lévy paraissait, dans les mélanges dédiés à Bekker (août 1907), l'étude de M. Mitteis : « Ueber die herkunft der Stipulation, eine Hypothese », dont les conclusions étaient en partie contraire aux idées fondamentales de M. Lévy. Celui-ci a répondu dans le numéro de décembre 1907 de la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (tome 28, Miscellen : « Nachtragliches zu den Anfängen des römischen Bürgschafts », p. 398 à 405). Dans ce même numéro (p. 487 à 495), M. Wenger donne un compte-rendu critique de l'ouvrage de M. Lévy dont il repousse presque toutes les conclusions, et M. Mitteis réplique dans une très courte note au « Nachtragliches » de M. Lévy (p. 487, n° 1). Enfin, voir le très récent traité de M. Mitteis : « *Römisches Privatrecht* », t. 1, p. 266 et suiv., 1908.

missio, Fidejussio ; Einige Grundfragen zum romischen Bürgerchaftsrechte » (Berlin, Franzvahlen 1907, in-8°, VI, 226 p.), par son titre même, indique nettement le but poursuivi par l'auteur. Sans s'attarder à vouloir donner de l'institution qu'il étudie en tableau d'ensemble, un exposé systématique et complet, M. Lévy s'y est spécialement consacré, avec la science et la méthode qu'on lui connaît, à l'étude approfondie de quelques particularités obscures et discutées du cautionnement romain. Les pages concernant la Sponsio sont particulièrement intéressantes : c'est à elles principalement que s'adressent les attaques de la science allemande, et c'est aussi à elles seules, par l'intérêt tout particulier qu'elles présentent, que nous avons entrepris de consacrer cette étude. Nous nous occupons donc uniquement ici du cautionnement par sponsio. Les développements consacrés par l'auteur, dans la seconde partie de son ouvrage, à la Fidejussio, bien que donnant lieu à des aperçus nouveaux, ne sauraient modifier les idées générales admises sur l'évolution de cette institution.

Dès le seuil de cette étude, nous tenons à signaler que c'est dans le point de départ qu'il assigne au cautionnement, dans la base primitive sur laquelle il fonde le développement et l'évolution de toute l'institution, point de départ absolument différent de celui que lui attribuait l'opinion aujourd'hui encore dominante que réside la principale originalité de l'auteur. De l'idée directrice qui sert de fondement à tout l'échaffaudage de sa doctrine, idée qui ne cesse d'être présente à son

esprit, qu'il suit, développe et corrobore d'un bout à l'autre de son traité, il a tiré des conséquences certainement nouvelles et qui sont en contradiction avec celles professées en Allemagne par M. Mitteis.

Pour ce dernier, l'institution du cautionnement dériverait de celle des cautions de la vieille procédure, des *prædes litis et vindictiarum*, des vades, tenues à la place du débiteur. Primitivement nul n'aurait pu s'engager sans fournir caution, ou pour s'exprimer plus exactement des otages. Aucun pouvoir central régulateur des relations humaines ne pouvant contraindre la personne libre, seule susceptible d'avoir des droits, au respect de ses promesses, et mieux encore celle-ci ne pouvant contracter des engagements, on procédait à la remise d'otages, pour le cas où de son plein gré, le promettant n'exécuterait pas. Nous ne voulons pas ici insister sur cette théorie de M. Mitteis: nous aurons plus loin à y revenir parce qu'elle est en contradiction, apparente tout au moins, avec celle de M. Lévy.

Pour celui-ci et certains autres auteurs on ne doit jamais perdre de vue, dans une étude du cautionnement par voie de sponsio que l'idée même d'obligation accessoire, n'est pas aussi ancienne que celle d'obligation principale dûe simultanément par plusieurs à la fois, en un mot que la corréalité pure et simple est la plus ancienne forme de cautionnement. La sponsio, et nous verrons que l'auteur appuie sa conviction sur des raisons solides, n'aurait servi tout d'abord qu'à créer des obligations principales. C'est au cours des siècles seulement et à mesure que l'esprit juridique et

l'esprit d'analyse se sont effinés et aiguisés que l'obligation principale et l'obligation accessoire se seraient séparées et différenciées quant à leurs effets, tout en découlant d'une source unique, la sponsio.

En un mot et dans le cas de plusieurs répondants, la Sponsio ne pouvait à l'origine et d'après la formule même que prononçaient les rei, donner naissance qu'à des engagements absolument semblables, n'ayant rien entre eux qui puisse les distinguer dans leur origine ou les différencier dans leurs effets. Tous les rei se trouvaient engagés au même degré; ils devaient tous à la fois et en même temps, mais aucun d'eux ne devait à la place d'un autre et seulement pour le cas où ce dernier n'accomplirait pas la prestation à laquelle il s'était engagé; les engagements étaient purs et simples; il n'y en avait point de subordonnés à la condition suspensive de la non exécution de l'obligation par un codébiteur principal qui est de l'essence du cautionnement moderne. L'exécution par un seul, il est vrai, éteignait l'obligation de tous, mais uniquement parce que celle-ci se trouvait désormais sans objet, ce que le droit romain réalisait par le refus d'une nouvelle action relativement à une même chose, *non bis repitita in idem*. — Tous les débiteur à la fois devaient une seule prestation; étreinte par l'accomplissement d'un seul, elle l'était à l'égard de tous. Le créancier y trouvait cet avantage d'être d'autant plus assuré de la réalisation de l'engagement que le nombre de ceux qui le devaient était plus grand, qu'il pouvait ainsi choisir entre des solvabilités plus ou moins grandes.

Une série de lois postérieures ont par la suite, en disséquant l'intention des parties contractantes, en suivant l'impulsion naturelle que toutes les législations ont toujours eu de pénétrer plus avant dans la conscience des hommes et l'analyse des rapports qui s'établissent entre eux; apporté des modifications très graves aux conséquences produites par cet engagement primitif, et différencié selon l'intention des contractants les effets uniformes qu'il produisait jadis. C'est ainsi qu'approfondissant les relations existant entre les correi cautions qui n'intervenaient à la Sponsio que dans le désir de venir en aide au correus débiteur principal, l'idée d'une quasi Société entre eux est née, idée que vint reconnaître la loi Appuleia en organisant le recours de la caution poursuivie contre ses co-cautions. — Cette idée de société progressant encore, la loi Furia intervint pour prescrire au créancier de diviser ses poursuites et de n'agir contre chacun des cautions que pour la part de dette qui devait finalement lui incomber. La loi Publilia l'y contraignit en l'exposant à l'action depensi. Enfin, c'est à la loi Cicereia que revint l'honneur d'avoir opéré la scission définitive entre la Corréalité et le cautionnement tel que nous le connaissons aujourd'hui. Elle ordonna au créancier d'indiquer aux personnes réunies pour s'obliger par Sponsio l'obligation qu'allait contracter le débiteur principal, quel serait le nombre des cautions et enfin quelles personnes joueraient le rôle de cautions et celles jouant celui de débiteurs principaux. Une prædictio opérant ainsi la distribution juridique des rôles.

Plus tard enfin, sous le Principat, l'apparition de la Fidejussio, nouveau mode de cautionnement beaucoup plus simple, et l'opinion Proculienne qui n'exigeait plus la nécessité de l'unitas actus pour éviter qu'il y ait novation, aboutirent à l'admission d'une Sponsio de cautionnement postérieure à la Sponsio principale. Par étapes successives, de lois en lois, le concept primitif de la corréalité avait évolué jusqu'à la notion moderne du cautionnement.

Avant d'entrer dans la discussion des doctrines émises par M. Lévy, il nous a semblé qu'il était nécessaire d'exposer d'une façon complète et détaillée l'ensemble de son traité. Nous examinerons en même temps le bien-fondé de sa doctrine et les critiques qui peuvent lui être adressées, notamment nous insisterons sur celles qui lui ont été faites en Allemagne; enfin nous verrons si, des points de détails mis à part, on ne peut pas identifier les origines que M. Lévy et M. Mitteis attribuent chacun de leur côté au cautionnement romain, et si tous deux n'ont pas pris pour points de départ des phases diverses d'antiquité différente de l'évolution d'une seule et même institution.

Du Sponsor débiteur principal et du Sponsor débiteur accessoire

Nous ne voulons pas revenir ici sur la formule si simple de la Sponsio. On sait qu'une simple interrogation suivie d'une réponse, un simple « Spondes ? » — « Spondeo », suffisent en principe pour réaliser l'engagement du reus qui est pur et simple et perpétuel.

Pourtant, dans le cas de plusieurs « respondentes », il fallait bien réunir, établir une liaison entre les différents engagements ainsi réalisés; les Romains en avaient trouvé le moyen en insérant dans la deuxième formule, laquelle correspondait de tous points à la première, le mot « idem » ou même, mais plus rarement « id ». Ils avaient donc, d'un seul coup, réalisé l'union des engagements séparés et la liaison nécessaire qui devait exister entre eux. La formule de la Sponsio que devait prononcer la personne désireuse de se porter garant, était donc, ce qui du reste n'a jamais été mis en doute, « Sei, idem, dari Spondes ? » « Spondeo ». Par cette réponse affirmative, « Spondeo », quelle sorte d'enga-

gement contracte Seius ? Va-t-il devenir Sponsor débiteur principal ou Sponsor caution ? Il est impossible de découvrir un indice dans la formule d'interrogation qui lui a été adressée, ou dans la réponse qu'il a faite. Et jusqu'ici, malgré les recherches, on n'a pu trouver la solution de l'énigme. Lièbe avait déjà reconnu qu'on ne pouvait différencier quant à la Forme la Sponsio de cautionnement de la Sponsio des débiteurs principaux correi. Avec raison, il était parti de ce principe que les correi ne pouvaient s'engager que uno actu, mais il avait commis de nombreuses erreurs sur le point de savoir comment se différenciait la Novation d'avec l'engagement corréal parce qu'il était convaincu de la nécessité de l'*animus novandi* pour réaliser la novation, alors que Gaius (III, 176) ne parle point d'une telle animus, et qu'il supposait que dans une Sponsio accessoire, faute de cet animus, aucune novation ne pouvait se produire. Il est admis de façon indiscutable que, dans toute la période classique et jusqu'à Gaius inclusivement, l'*animus novandi* n'était nullement nécessaire pour qu'il y ait novation... Corréalité et Novation, il est vrai, exigent toutes deux identité d'objets, mais elle diffèrent en ce que l'une, c'est admis universellement aujourd'hui, exigeait qu'il y eut « *unitas actus* », que l'autre au contraire a besoin pour se produire qu'il s'écoule un intervalle de temps entre les deux stipulations. Le langage même des deux formules a toute la clarté désirable : « *Sei, ædem quinque dari Spondes ?* » fait de Seius un correatus : « *Sei (id) quod Mœvius spondit, Spondes ?* » fait de lui un expro-

missor. Les deux formules diffèrent seulement dans leur construction; dans le premier cas, on emploie seulement « idem », parce que cet « idem » contient son explication dans l'acte qui a lieu en un trait de temps et contient aussi l'engagement bien défini du débiteur principal; dans le deuxième cas, on est obligé de fournir une explication plus longue qui peut seule rendre intelligible ce qui ne le serait pas, vu la discontinuité de l'acte, et le temps écoulé depuis la première obligation. Nous pouvons donc ajouter foi à ce que nous dit Gaius que d'après les termes de la formule on pouvait se rendre compte qu'il y avait eu novation, et lorsqu'il nous affirme que la règle de l'*unitus actus* régissait aussi la *Sponsio accessoire* (III, 177). Pour une *Sponsio accessoire* non novatoire, l'acte devait être réalisé en un trait de temps. La conséquence irréfutable, c'est que lorsqu'on voulait adjoindre un *Sponsor* additionnel postérieurement, le débiteur principal devait répondre à nouveau à l'interrogation de la formule, faute de quoi son obligation était novée, et le nouveau *Sponsor* devenait seul débiteur du tout.

La question de savoir comment se distinguait le *Sponsor caution* du *Sponsor correus* est très difficile. Leurs engagements, nous venons de le voir, ne se différenciaient pas par la forme et ils étaient concommittents. On ne peut pourtant admettre qu'il ait existé une différence entre ces deux sortes de *Sponsores* et qu'elle n'ait laissé aucune trace de son existence. Cette question à laquelle il était presque impossible de répondre jusqu'ici, M. Lévy la résout par la théorie suivante,

qui paraît bien se concilier avec les plus récentes études faites sur le cautionnement romain.

Pour M. Lévy, il est hors de doute que l'interrogation suivant la première réponse du débiteur principal et le « *idem dari Spondes ?* » engageait principalement aussi le second répondant. B. a promis la même chose que A. Leur situation juridique doit donc être la même. On ne peut établir entre eux aucune différence juridique; il s'est engagé par un « *idem* » sans qu'il y ait eu aucune répétition de ce que contient la première interrogation. Ils sont donc des *Sponsores*, véritables *correi debendi*, des débiteurs principaux engagés de la même façon et au même degré.

Néanmoins, et c'est là le tempérament que M. Lévy apporte à la situation du *Sponsor* qui ne voulait intervenir que comme garant, le créancier était tenu moralement de ne pas faire usage de son droit contre lui avant d'avoir actionné le *reus véritable*. La forte organisation de la Société antique lui imposait ce devoir d'honneur, les mœurs en usage le lui prescrivaient. Quoiqu'en droit strict, le créancier gardât le choix d'actionner l'un ou l'autre des *Sponsores*, il devait pourtant respecter en fait le caractère accessoire de la *Sponsio*. Et sur ce point, l'idée romaine est même assez curieuse. Ce ne fut point le *Sponsor* accessoire qui put se plaindre d'être actionné le premier par le créancier, mais le *Sponsr* débiteur principal, dont l'honneur était entaché du fait qu'il avait laissé poursuivre sa caution (V. *Lex Julia municipalis*, ligne 114). Le créancier, en poursuivant la caution, le *Sponsor* accessoire, lui fai-

sait l'injure de croire qu'il ne satisferait point à son obligation et le compromettait ainsi en son honneur et en sa considération sociale. Le créancier ne pouvait donc en fait user qu'avec une extrême modération du droit qui lui appartenait d'actionner le Sponsor accessoire, il s'exposait à l'action infamante d'injure, et c'est ainsi que s'explique qu'il fut encore pénible à Cicéron (*Ad Attic* : « *Sponsores appellare videtur habere quandam dosaupian* », dit-il) de s'adresser à un Sponsor caution avant d'actionner le Sponsor débiteur principal. (D. 47.10.19).

Cette marque d'infamie infligée au créancier est un des moyens les plus efficaces dont se soient servis les Anciens pour tempérer les rigueurs du droit. C'est absolument le même procédé qu'ils employaient dans le domaine du droit réel pour les aliénations où intervenait une clause de fiducie. L'action de dol et l'action infamante d'injure furent les moyens pratiques de réduire le créancier à l'observation de certaines règles que ne sanctionnait pas le droit civil. Ce furent les mœurs qui imposèrent ces restrictions aux droits des créanciers en créant une sorte de théorie de l'abus du droit.

Il n'existait donc pas de *Sponsio* dont le caractère accessoire put être pris en considération par le droit strict. Toute *Sponsio* était princiale et ne se distinguait en rien d'une *Sponsio corréale*. Les mœurs en honneur dans la haute Société antique à laquelle appartenaient les *Creditores* et les *Sponsores* apportaient seules des tempéraments à la rigueur primitive de l'engagement

des Sponsores, et, par des moyens détournés, contraignaient les créanciers au respect du caractère accessoire de la Sponsio de garantie.

De la non-transmissibilité par héritage de la Sponsio au point de vue passif

Il a été donné, de la non-transmissibilité par héritage de la Sponsio, un grand nombre de raisons, et on a élaboré plusieurs systèmes pour l'expliquer, qui n'ont pas eu le bonheur de rallier tous les suffrages. Si l'on passe sur l'opinion de Puchtas (Institutions II, p. 332), qui explique l'intransmissibilité par héritage de la Sponsio, par l'idée d'un mandat donné par le débiteur principal, opinion aujourd'hui sans partisans, il faut distinguer deux groupes de théories dont chacun s'inspire de principes différents. L'opinion dominante croit devoir trouver la raison de l'Intransmissibilité de la Sponsio en expliquant que, de sa nature et par lui-même, ce genre de cautionnement était intransmissible. Un second groupe d'auteurs cherche à reconnaître à toute obligation primitive visant à réaliser l'effet du cautionnement moderne, une tendance à l'intransmissibilité héréditaire. M. Lévy se rattache lui-même à ce dernier groupe et cherche à réfuter toute autre opinion. Certains auteurs expliquaient l'intransmissibilité de la

Sponsio de cautionnement par son caractère accessoire, parce qu'elle est, en quelque sorte, conditionnelle et subordonnée à la non-exécution de l'Obligation principale. M. Lévy ne peut admettre cette manière de voir. Nous avons vu, en effet, qu'il s'est efforcé de démontrer que la Sponsio ne pouvait donner naissance qu'à des Obligations principales. Alors même, d'ailleurs, que l'on suppose que la Sponsio de garantie soit conditionnelle, on ne voit pas que les Romains aient jamais fait une différence au point de vue transmissibilité entre une dette conditionnelle et une dette pure et simple, et il serait difficile d'en trouver une raison. Comment alors expliquer que la Fidejussio, qui est toujours accessoire, soit transmissible ? A cette objection, les auteurs qui regardent le caractère accessoire de la Sponsio de garantie comme le motif de son intransmissibilité héréditaire répondent en démontrant que la Fidejussio n'était pas du tout accessoire. Pour eux, la Fidejussio n'est pas autre chose qu'un ordre donné au créancier d'accepter l'engagement du débiteur, ordre qui met les risques de l'opération à la charge de celui qui l'a commandée. La Fidejussio ressemblerait ainsi étrangement au mandat de crédit et précéderait l'Obligation principale ; si la Fidejussio était accessoire seulement, elle ne pourrait précéder l'Obligation principale ; or, elle la précède, donc elle est principale, et, comme telle, transmissible par hérédité.

Pourtant, la Fidejussio peut aussi suivre l'Obligation principale, et, aux yeux de M. Lévy, on peut discuter l'interprétation que la doctrine que nous venons

de rapporter donne au texte (D. 46.1.6.2.); elle paraît contredite au D. 5.1.35. Pour M. Lévy, on ne peut refuser et reconnaître que la règle générale était que la Fidejussio devait suivre l'Obligation principale, et que ce n'est que dans quelques cas seulement qu'elle pouvait la précéder, ainsi que le dit Papinien : « Fidejussor future quoque actionis accipi possit. »

A la vérité, les adversaires de M. Lévy indiquent encore pour justifier leur doctrine, le « Jussum », qui, en conformité de sa nature, devait être donné avant que l'Obligation principale prenne naissance. Cependant, cet argument ne possède pas non plus pour M. Lévy une force de démonstration suffisante, car la « Fidejussio » différerait en maint rapport du « Jussum » beaucoup plus qu'elle ne lui ressemblait (Ulp. D. 15. 4.1.6.)

On ne peut davantage suivre aveuglément la doctrine de Pernice (J¹ périodique, vol. 19, p. 179), qui croit voir dans le défaut de transmissibilité une règle générale aux actes de l'ancien droit, laquelle aurait été battue en brèche par les lois postérieures; le défaut de transmissibilité serait une caractéristique de toutes les institutions dérivées du droit sacré. Mais, même si la Sponsio est d'origine religieuse, elle ne l'est pas spécialement comme mode de cautionnement, mais plutôt comme forme de contrat. Or, cette forme de contrat est partout la même : l'échange d'une question posée par le créancier et d'une réponse conforme du débiteur. L'acte a donc la même origine religieuse, qu'il serve à réaliser un engagement corréel ou un caution-

nement. Comment alors la Sponsio de cautionnement serait-elle intransmissible par héritage, alors que la Sponsio principale le serait ?

Girtaner, tout en signalant l'origine religieuse de la Sponsio, y ajoute une autre raison, celle que le Sponsor caution n'ayant pas en spondant augmenté son patrimoine, celui-ci ne doit pas être appauvri de la valeur correspondant à la Sponsio. Ce point de vue n'est peut-être pas non plus très exact, car, du seul fait de la Sponsio, le Sponsor s'appauvrit réellement : on peut lui demander à juste titre l'exécution de l'Obligation.

D'autres auteurs enfin ont cru trouver la raison de cette différence, quant à la transmissibilité, entre la Sponsio accessoire et la Fidejussio, en prétendant que la Sponsio était une garantie, si l'on peut s'exprimer ainsi, personnelle et la Fidejussio une garantie réelle. Dans le premier cas, l'exécution de l'Obligation n'aurait pu être poursuivie que sur la personne; dans le second cas, elle pouvait être poursuivie sur les biens. On ne voit pas bien pourtant que le Sponsor actionné n'ait pas à répondre de son engagement sur ses biens.

C'est en se référant à l'histoire que M. Lévy se propose d'expliquer l'intransmissibilité de la Sponsio. C'est avec raison que MM. Esmein (Etude sur les contrats dans le très ancien droit français), Cuq et Girard ont insisté sur cette intransmissibilité comme étant une particularité de tout cautionnement dans le droit primitif des peuples les plus différents. Partout le cautionnement a été considéré comme un bon office justifié par

des liens de confiance entre la caution et le débiteur, liens de leur nature intransmissibles : le côté moral dominait dans ces modes de cautionnement primitifs sur le côté pécuniaire qui l'emporta dans les formes de cautionnements plus récentes. Remarquons que cela est d'autant plus naturel que l'ancien droit romain était généralement peu favorable à la transmissibilité des actes juridiques. La règle qui n'admettait pas d'action en répression contre les héritiers est certainement aussi ancienne que le Droit romain et elle n'a jamais cessé d'être en vigueur. Dans le vieux temps où les demandes en restitution de la période classique étaient presque toujours des demandes en répression, la transmissibilité n'était pas du tout la règle, et les obligations, que l'on rendit peu à peu transmissibles, furent seulement celles qui avaient mis une valeur dans le patrimoine du défunt ; ce qui ne se rencontre pas dans le cas de la *Sponsio* de cautionnement. Les Romains pourtant ne paraissent pas avoir approfondi cette fonction de restitution d'une action pénale, ils ne la dégagèrent pas de l'idée de châtement à laquelle elle était jointe. Le lésé recevait l'amende à laquelle il avait droit à raison du préjudice causé par la faute d'autrui ; mais le droit ne dégageait pas l'idée de savoir s'il la recevait à titre de restitution ou en raison du châtement infligé. C'est Labéon, le premier, qui paraît avoir dégagé l'idée ; tout au moins, c'est le premier chez lequel on trouve des indices de l'idée. Mais il ne concluait pas que la plainte, en tant qu'elle servait à obtenir réparation, fut transmissible contre les héri-

tiéris du coupable. Il penchait plutôt à accorder l'action pénale contre les héritiers jusqu'à concurrence de leur enrichissement et de la plus-value donnée à leur patrimoine par le crime de leur auteur (Paul D. 39.4.4), (Ulpien D. 45.1.3.12). Sabinus, qui a développé cette théorie, en a trouvé la source dans le passage « iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune ». Ce développement rapide de la solution émise par Labéon s'expliquerait difficilement si elle n'avait pas correspondu exactement à la façon de voir des Romains.

On voit alors, par ce qui précède, combien, d'après M. Lévy, la question de transmissibilité par héritage se liait à celle d'enrichissement du patrimoine, enrichissement profitable à l'héritier. Mais là où, comme pour le cautionnement, l'obligation avait été contractée sans effet réciproque, sans intérêt pécuniaire pour l'obligé, il ne parut pas utile de la faire supporter à des héritiers qui, en général, n'avaient pas eu les mêmes raisons de la contracter que leur auteur, et l'idée même d'enrichissement injuste qui servit de base au principe de la transmission de l'Obligation fait ici absolument défaut. Memmsen rappelle fort bien (*Hist. rom.*, I, p. 850) que le fait de donner des garanties et de se porter caution fut limité aux époques reculées, absolument comme les dons, cadeaux et legs; c'est ce qu'il appelle une morale commerciale qui trouve dans toute donation ou acte juridique accompli sans réciprocité un acte de dissipation, tandis que Lenel (*Holzen-dorf-Kohler, encyclopédie* I, p. 109) veut y voir la saine économie d'un peuple d'esprit commercial.

Lois Appuleia, Furia, Publilia, Cicereia

Parmi les lois qui interviennent pour alléger l'engagement du Sponsor caution, les quatre plus anciennement connues sont les lois Appuleia, Furia, Cicereia et Publilia, dont les trois premières se sont préoccupées presque exclusivement du cas où plusieurs Sponsores se trouvent en présence. Il est hors de doute que les mœurs ayant cours en matière de cautionnement par Sponsio ont préparé le terrain, et que la législation n'a eu qu'à sanctionner les garanties dont bénéficiaient déjà en fait les Sponsores. Il est donc très facile de comprendre que celui d'entre plusieurs Sponsores garants, qu'on avait poursuivi et qui avait satisfait à son engagement, avait ensuite la faculté de se retourner contre les autres cautions, afin que chacun n'ait à supporter qu'une part de la perte; de cette façon, on ne touchait pas encore au droit civil qui donnait au créancier le droit de demander le paiement du tout à l'un quelconque des Sponsores, qu'ils fussent en définitive débiteurs principaux ou accessoires, mais on évitait ainsi une grande iniquité. Ce fut la loi Appuleia

qui atteignit ce but. C'est, d'après M. Lévy, la première qui intervint. Gaius, d'après lui, nous montre péremptoirement qu'elle fut promulguée avant la loi Furia, et il ne s'explique pas que Lenel et Pernice puissent, sans raison d'ailleurs, proclamer la priorité de la loi Furia. Le témoignage de Gaius, qui nous dit que la loi Furia est postérieure à la loi Appuleia, est, en effet, formel. La loi Furia, qui suppose l'existence des provinces, est nécessairement postérieure à 513, date de la création de la province de Sicile, et on la place généralement au plus tôt au sixième siècle. D'autre part, donnant naissance à une « manus injectio pro judicato », elle apparaît par là même comme antérieure à la loi Cebutia qui date du début du VII^e siècle. Elle est, en outre, d'après le langage de Gaius, vraisemblablement antérieure à la loi Vallia qui transforme tous les cas de « manus injectio », sauf deux, en cas de « manus injectio pura ». Cela ne permet guère de la faire naître après la fin du VI^e siècle.

Mais beaucoup plus difficile est la question de savoir à quelle époque il faut placer la Appuleia. Depuis qu'il est avéré que dans Gaius (IV, 25) il s'agit de la loi Vallia et non de la loi Valéria, loi modifiant la loi Furia et par suite postérieure. Auschke, Rudoff, Perrini, Schulz, la faisaient dater de l'an 364, ce qui était contraire à une observation très importante. Certains auteurs (M. Appleton : *Revue de Législation* 1876, p. 541-581) assignaient comme date à la loi Appuleia l'an 651, se basant sur le fait qu'un certain Appellius fut tribun du peuple en cette année. L'argument, néanmoins, n'a

pas convaincu MM. Cuq et Girard et M. Appleton s'est vu obligé d'appuyer sa théorie (*Zeitschrift der Savigny-Hiftung*, vol. 26, p. 1.11.) avec beaucoup de sagacité, M. Lévy le reconnaît, et une grande abondance de détails.

Néanmoins, M. Lévy ne peut se ranger à la manière de voir de M. Appleton; M. Girard également. Tout d'abord on a objecté à M. Appleton que la loi *Æbutia*, datant de la première moitié ou tout au moins du commencement de la deuxième moitié du XII^e siècle (Girard, *Zeitschrift der Savigny Hiftung*, vol. 14, p. 11 et ss.), est nécessairement de beaucoup plus récente que les lois *Appuleia* et *Furia*, toutefois il faut reconnaître que dans l'état des sources cela ne peut être rigoureusement démontré. Il est, il est vrai, établi, en se basant sur *Gaius* (IV, 25), que la loi *Furia* a dû précéder la loi *Vallia*; mais l'âge de cette loi *Vallia* reste encore assez peu éclairci et il n'est pas prouvé (et par conséquent pour la loi *Furia* aussi) qu'elle ait précédé la loi *Æbutia*, puisque les deux lois, jusqu'à la réforme de procédure faite par Augustin, n'auraient encore eu une raison d'être. Ainsi Bruns (*Zeitschrift fur Rechts geschichte*, v. 12, p. 134), considère les lois *Æbutia* et *Vallia* comme à peu près contemporaines. Pour M. Lévy, malgré la réfutation de M. Appleton et bien que ce ne soit pas absolument démontré, il est probable que la loi *Furia* est antérieure à la loi *Æbutia*, car il est peu admissible qu'à une époque où la réforme eut pu être introduite par le préteur on eut eu recours sur le terrain qui nous occupe à

la loi Vallia et à la loi Furia pour créer la nouvelle législation, surtout lorsqu'on connaît la répugnance avec laquelle les Romains touchaient à leurs vieilles institutions. Outre que les explications données en faveur de l'introduction de la loi Vallia, dans la deuxième partie du VII^e siècle, sont, pour M. Lévy, dénuées de preuves concluantes, les arguments même que l'on invoque en leur faveur acculent à des difficultés. « Il est certainement tentant, dit M. Lévy, de mettre en rapport les lois Appuleia et Furia avec les tribuns Appellius des années 651-654 et Furius, des années 654-655, d'autant plus que le caractère de ces lois paraît s'accorder avec celui des personnages, mais comment alors s'est effectué l'évolution des idées sur le cautionnement ? » Selon la doctrine que combat M. Lévy, les lois citées appartiennent à l'époque de la réaction démocratique et révolutionnaire, tandis que la loi Cornélia appartiendrait à l'époque de la réaction aristocratique opérée par Sulla, c'est-à-dire aux années 666 ou 673. Ainsi, les adversaires de M. Lévy obtiennent comme limite extrême les années 651 et 673; dans l'espace de cette vingtaine d'années se placeraient les lois Appuleia, Furia, Cicereia et Cornélia, et la Fidejussio devrait, en outre, être née entre la loi Cicereia et la loi Cornélia, alors que dans l'ensemble de cette législation on enregistre des tendances politiques en opposition brutale les unes avec les autres. Dans l'espace de vingt ans, des époques d'esprit totalement opposé se seraient succédé et, malgré tout, le courant d'idées qui l'aurait emporté n'aurait pas trouvé la

possibilité d'abroger des lois récentes et non encore acclimatées : on se serait contenté de l'invention de la Fidejussio qui permettait d'échapper, au besoin, aux dispositions de la loi Furia; la Fidejussio aurait même été inventée spécialement dans ce but.

Ce développement n'apparaît pas naturel à M. Lévy, surtout si l'on songe à la prudence avec laquelle les Romains touchaient à leur droit civil.

Lièbè, Girtaner et Hasenbolg expliquèrent la loi Furia d'une façon plus radicale encore en se basant sur le passage de Cicéron (*ad Attic.*, 12.17) et la considèrent comme postérieure à Cicéron. Mais Karlowa a démontré (v. par contre l'interprétation de Pernice, *Period. der Savig. H.* vol. 19, p. 127) avec des arguments sérieux que ce passage ne pouvait nullement être interprété dans un tel sens. On est alors convenu de fixer aux deux années extrêmes de 513 et 604 la période pendant laquelle apparurent les lois Appuleia, Furia et Cicereia.

Pernice place plus exactement cette période dans les années écoulées entre les guerres contre Hannibal, et se voit confirmé par Wlassack. Mais cela ne veut pas dire que la plus ancienne, la loi Appuleia, n'était pas déjà créée pendant la première guerre ou même avant (dans ce sens, Voigt, « *Ius naturale IV*, p. 424 »); car il est probable que la suite de ces *leges isolées* ne fut pas très rapide, étant donné que nous nous trouvons aux débuts d'une législation et à une époque où l'on était plein d'inquiétude sur l'existence même et le salut de la République.

En outre, le contenu des lois Appuleia et Furia semble

donner une indication qui corrobore ce que nous venons de dire. Alors même qu'on ne peut prendre en considération que la deuxième de ces lois limitait sa sphère d'application à l'Italie, tandis que les lois antérieures s'appliquaient aussi aux provinces, puisqu'il nous a été donné de ce fait une explication suffisante par Huschke, il est un autre motif qui n'en a que plus de poids. La deuxième de ces lois, comme nous le verrons bientôt, ne représente pas seulement un complément de la pensée exprimée par la première, pensée appelée à trouver un facile et rapide succès, elle montre en outre cette pensée en voie de perfectionnement et parvenue déjà à un tel point de perfectionnement qu'il eut été impossible à quelques années seulement de satisfaire à son évolution. On n'avance rien de trop en affirmant que la loi Appuleia n'aurait pas vu le jour, si le sentiment juridique du peuple romain avait été mur lors de sa création pour la loi Furia.

D'un autre côté, on n'a pas beaucoup de marge pour emplacer ces deux lois, car les limites extrêmes de leur période d'apparition sont assez exactement déterminées. M. Lévy, en effet, croit pouvoir attribuer assez exactement la loi Cicereia à l'an 581. Cela s'accorderait assez bien avec l'opinion dominante. On reporte ordinairement cette loi au temps des actions de la loi, pour ce motif qu'à l'époque formulaire, le prêteur eut réalisé lui-même la réforme sans qu'on eut besoin d'avoir recours au pouvoir législatif. Schulin, Cug, acceptent aussi la date de 581 et cette manière de voir est corroboré par Tite Live qui nous rapporte qu'un

Cicereius fut préteur en 584. Si nous considérons d'autre part que la loi Furia avait grandement besoin de la loi Cicereia comme d'un complément nécessaire, et que ces deux lois ont du se suivre à peu de distance, on peut fixer ainsi qu'il suit la période de développement juridique souligné par les trois lois que nous étudions.

La loi Appuleia se placerait à peu près entre les deux guerres Puniques; la loi Furia serait postérieure d'à peu près vingt ans aux guerres contre Hannibal et aurait été complétée dix ans environ plus tard par la loi Cicereia.

C'est à peu près vers la même époque qu'apparaît la loi Publilia; on le reconnaît assez généralement, sauf quelques dissidences. Parmi celles-ci, Huschke et après lui Rudorff, attribuent la loi Publilia à Q. Publilius Philo, qui vivait à la fin du iv^e siècle. Les considérations sur lesquelles ils se basent manquent, pour M. Lévy, de solidité. Karlowa propose même de fixer cette loi avant la date d'introduction de la frappe de l'argent, c'est-à-dire avant l'an 486, en se fondant sur le mot *dependere* de l'*actio depensi*. Girtaner également considère la loi Publilia comme la plus ancienne des lois sur le cautionnement, parce que l'amélioration qu'elle apporte à la situation du *Sponsor caution* est bien inférieure à celles qu'ont apportées les lois Appuleia, Furia et Ciceria, et parce que cette loi seule ne concerne pas les *Fidepromissores*. Mais cet argument n'est pas concluant; il est parfaitement compréhensible que la loi Publilia ne s'appliquât qu'à des

Sponsores, puisqu'elle créait une nouvelle *legis actio* accessible aux seuls citoyens romains; cela ne pouvait donc tout d'abord être applicable à la *Fidepromissio*.

Tous ces faits ne peuvent prendre toute leur importance, que si l'on examine à fond chacune de ces lois, son esprit et sa portée. Gaius (III, 122) ne se contente pas de nous rapporter qu'en vertu de la loi Appuleia, le Sponsor garant qui acquitte la dette peut se retourner contre ses co-sponsores. Ce qu'il trouve de plus intéressant à nous signaler, c'est que cette loi établissait une sorte de Société entre les Sponsores. Avant la loi Appuleia, rien de semblable n'existait entre personnes engagées *uno actu* par *Sponsio*. La corréalité était presque incompatible avec l'établissement de cette Société, et pour M. Lévy, cette corréalité a duré aussi longtemps qu'il y eut de *Sponsiones uno actu*. Gaius nous assure, en effet, formellement que la phrase fondamentale de la Corréalité : « *Qua de re actum erat semel de ea postea ipso jure agi non poterat* », était à cette époque depuis longtemps en vigueur. Et l'on ne peut s'imaginer qu'il ait voulu ici faire moins allusion à la Corréalité accessoire qu'à la principale, parce qu'ainsi que M. Lévy l'a démontré, le vieux droit civil ne pouvait différencier la *Sponsio* principale de l'accessoire. Cette « quasi-Societas » n'influe en rien sur les rapports extérieurs des Sponsores avec le créancier; elle régit uniquement les relations des Sponsores entre eux. Il n'existait pas de semblable relation juridique entre Sponsores avant la loi Appuleia qui créait le droit de recours des cautions entre elles, et elle ne

peut trouver sa base que dans un rapport immédiat des Sponsores entre eux. On comprend mieux ce rapport si l'on se représente plusieurs Sponsores garants s'engageant « uno actu » et même « una voce » non seulement vis-à-vis du créancier principal, mais aussi entre eux; ils entraient, dans une certaine mesure, en relation juridique, laquelle pouvait servir de base à la demande nouvelle dirigée par un garant contre un autre. Et cette idée a pu éclore sans grand'peine, d'autant plus qu'elle soulignait ce qui se passait déjà en pratique où la condition du Sponsor garant était en fait bien meilleure qu'en droit. Et il faut reconnaître que dans le but d'adoucir la condition du Sponsor accessoire, cette idée de Société était particulièrement fertile, puisqu'après avoir créé le droit de recours des cautions les unes contre les autres, elle arrivait en moins d'une vie d'homme à s'attaquer au droit même du créancier qu'elle obligeait, par la loi Furia, à scinder ses poursuites et à n'agir contre chaque Sponsor que pour la part devant finalement lui incomber. A l'avenir, le créancier doit donc tenir compte de la communauté existant entre les cautions. En outre, la loi Furia fixe un très court délai, deux ans, pendant lequel seront valables les Obligations accessoires, et par là même apporte une très importante amélioration à la situation du Sponsor caution. Cette réforme n'a plus rien de commun avec l'idée de Société, et son explication doit se chercher uniquement dans les courants d'opinion créés par les nécessités sociales.

La révolution apportée par la loi Furia (car la loi

Appuleia n'avait rien modifié dans les relations entre créanciers et cautions) fut telle que, d'un seul coup, les rôles des parties furent complètement changés. Si les garanties données aux créanciers étaient auparavant exagérées et la situation des cautions vis-à-vis d'eux celle de débiteurs principaux, sinon peut-être en fait, du moins en droit, cette situation est désormais changée. La caution ne peut plus être actionnée pour la totalité, mais seulement pour sa part et portion de dette, et cela seulement pendant deux ans à compter du jour de l'échéance. De plus, c'est à ce jour que doit être calculée la part devant rester à sa charge et les risques d'insolvabilité ou de mort survenus depuis chez les cautions, sont à la charge du créancier.

Pourtant, si de cette manière, la caution gagnait par rapport au créancier et à sa co-caution une situation nouvelle et des privilèges déterminés, il était impossible que ses rapports avec le débiteur principal ne subissent pas aussi une réforme complète : le recours de la caution contre le débiteur principal est, en effet, de l'essence du cautionnement; il donne en effet, la solution de cette question : « Qui doit, en définitive, supporter la perte ? » Est-ce le co-Sponsor débiteur principal ou le co-Sponsor garant. Tant que cette question ne fut pas solutionnée légalement, qu'elle fut abandonnée aux usages de la pratique, la création du cautionnement comme institution autonome du droit ne fut pas réalisée. Cette considération nous fait comprendre quelle importance fondamentale appartient à la loi Publilia qui statuait sur l'introduction de l'« actio

depensi » dans les relations entre Sponsores accessoires et Sponsores débiteurs principaux. Bekker, Dernburg, Iking et, récemment, Girard, ont exposé d'une manière convaincante qu'on ne pouvait encore connaître à cette époque l'« actio mandati ». Il est très caractéristique que Gaius (III, 215-216) déjà ne s'explique pas bien le motif de l'action contre l'Adstipulator qui commence le deuxième chapitre de la loi Aquilia, « cum, nous dit-il, actio mandati ad eam rem sufficeret ». La loi Publilia ne pourrait s'expliquer, en effet, si lors de sa création il eut existé une « actio mandati » (Comp. Pernice : *Leitschrift der Savigny-Stiftung*, v. 19, p. 178). Mais précisément, on peut mettre en doute l'existence de cette action. On peut supposer avec assez de certitude que l'actio mandati aurait été d'abord rédigée seulement in factum, qu'elle supposait donc un élit du prêteur, alors que l'actio depensi créée par la loi Publilia est nécessairement une action de la loi et, comme telle, antérieure à toute action de mandat. Le droit de recours du Sponsor caution contre le débiteur principal ne peut donc dater que de la loi Publilia.

Ces grandes modifications dans la situation de la caution ne pouvaient rester sans faire sentir leur influence en creusant davantage la différence entre débiteur principal et caution. Cette différence, qui n'existait primitivement que dans le domaine des mœurs et ne s'était fait juridiquement sentir que par l'intransmissibilité héréditaire des Sponsiones de cautionnement, fut profondément accusée par la loi Publilia qui la sanctionna légalement. Il fallut, dès lors, pouvoir dis-

tinguer le *Sponsor* débiteur principal du *Sponsor* débiteur accessoire, lesquels ne pouvaient l'être d'après les forme de leur engagement absolument identique. Néanmoins, la chose n'était pas facile, car les Romains n'auraient pas consenti à modifier les termes si typiques de la formule; *Spondes* était vraiment le seul terme juste et quand au mot « *idem* », c'est lui qui formait la base de la relation juridique s'établissant entre les obligations principales et accessoires et rendait aussi possible l'application de la règle « *de cadem re ne bis sit actio* ». On laissa donc intacte la formule de la *Sponsio* et on se contenta de définir et de fixer les rôles que chaque contractant allait jouer, par un exposé préliminaire rendu obligatoire, avant qu'il soit procédé à l'échange de question et de réponse qui composent la *Sponsio*.

Déjà après la loi *Furia*, l'usage de cet exposé préliminaire a pu se développer. Le *Creditor*, le *Sponsor* principal et le *Sponsor* accessoire s'assuraient ainsi de qui d'entre eux pourrait invoquer le bénéfice de la loi *Furia*. C'eut été assez naturel et aurait eu certainement une grande utilité. Déjà avant la loi *Publilia*, on peut donc supposer qu'en présence de tous les futurs contractants, le créancier désignait parmi eux quels seraient les débiteurs principaux et les cautions. Après la loi *Cicereia*, il est incontestable que le *creditor* procédait ainsi. Il devait, dans sa « *Prædictio* », déclarer de quelle affaire il s'agissait, pourquoi il prenait des *Sponsores* accessoires, leur nombre et qui ils étaient. Pour ce dernier point, *Gaius* ne le dit pas

formellement, mais on est obligée, avec M. Appleton (*Zeitschrift des Savigny-Stift*, vol, 26, p. 11, n° 3), de le supposer; car il ne suffit pas de connaître le nombre des *Sponsores cautions*, il faut aussi savoir quels ils sont, afin que plus tard, loin de l'exécution et de l'échéance, on puisse savoir s'ils sont encore vivants et solvables et fixer ainsi la part de dette incombant à chacun. On peut même supposer qu'on devait procéder à un relèvement officiel et par écrit de la désignation des garants. Le sens étymologique du mot *prædicere* semble s'opposer à cette pratique, mais ce serait là une excellente explication des « *tabula consponsorum* » dont nous parle Cicéron.

Cependant cette interprétation de la loi *Cicereia* de laquelle il ressort qu'il n'y eut pas un grand intervalle de temps entre elle et la loi *Furia* mérite une justification, car elle est en contradiction avec les doctrines courantes.

Les opinions ne s'accordent pas pour faire apparaître la loi *Cicereia* comme une suite immédiate de la loi *Furia*. Mais qu'on se soit borné jusqu'ici à considérer la loi *Cicereia* comme ayant uniquement pour but d'assurer à la caution la restriction de son obligation à la cote part à laquelle seule elle était tenue, en vertu de la loi *Furia*, cela s'explique parce Gaius (III, 123) ne parle jamais des *Sponsores* et *Fidepromissores* qu'au pluriel. M. Lévy se borne à déclarer que cette manière de voir n'est pas en opposition avec sa conception, car, si la loi ne s'était exprimé qu'au singulier, comment aurait-elle fait pour exprimer ses

prescriptions en ce qui concerne le bénéfice de division dont l'exécution était assurée par la *Prædictio*; « *Quot Sponsores...* » ? D'autre part, le pluriel contient le singulier, et on ne peut, par suite, en conclure que la loi ne s'appliquait qu'au cas de plusieurs garants.

Ce pluriel serait difficilement devenu la base de l'opinion courante, si l'on avait considéré qu'il n'existait aucun moyen avant la loi *Cicereia* de distinguer le *Sponsor* garant du *Sponsor* débiteur principal. C'est pourquoi la loi *Cicereia* a fait de la « *Prædictio* » une obligation pour le créancier, et cette obligation, elle l'a sanctionnée par le droit qu'elle accorde aux cautions de se plaindre dans un délai de trente jours après la *Sponsio*, du défaut de *Bædictio*. En ce cas, la loi prononçait la libération des cautions.

Il faut toutefois remarquer, selon M. Lévy, que l'action ainsi ouverte aux cautions n'avait pas pour but d'éclaircir le point de savoir s'il y avait plusieurs cautions et quelles elles étaient, ni de savoir si, en fait, il y avait eu *prædictio*; c'eût été là une question de fait très simple qui aurait pu être tranchée au moment de l'échéance de la dette, mais de savoir si le *Sponsor* se plaignant du défaut de *prædictio* *avait qualité pour s'en plaindre*, c'est-à-dire *s'il était un Sponsor accessoire ou un Sponsor débiteur principal*. Dans le premier cas seulement, le *Sponsor* était libéré de son obligation par le défaut de *prædictio*. C'était là le but du *præjudicium*, et celui-ci n'avait pas le sens d'un simple « *an prædictum sit* », mais bien, comme le dit formellement *Gaius* : « *an ex lege Cicereia prædictum*

sit ». — « Une telle *prædictio* eût-elle été exigée par la loi *Cicereia* ? ». Or, comme cette loi n'exigeait de *prædictio* qu'en faveur des *Sponsores* accessoires, ceux-là seuls étaient admis à se prévaloir du défaut de *prædictio*.

La décision du juge tranchait donc, en définitive, la question de savoir si la dette était principale ou accessoire, en déclarant l'action du *Sponsor* admissible ou non fondée.

Girard (Manuel, 4^e édition, p. 756, note 2. Mais Girard rectifie cette erreur, 5^e édition, p. 760, note 1), interprète le délai de trente jours offert au *Sponsor* pour délibérer et agir, au cas de défaut de *prædictio*, comme étant en faveur du créancier, qui aurait ce laps pour faire la *prædictio*. C'est inadmissible, parce que c'est contraire au texte de *Gaius* qui nous dit formellement : « *Permittitur Sponsoribus et fidepromissoribus intra diem xxx præjudicium postulare* ». Voulait-il dire par là que faute d'agir dans le délai, le *Sponsor* renonçait au bénéfice de division créé par la loi *Furia*, ou qu'il lui était défendu désormais de rechercher par lui-même les autres *Sponsores* et de prouver contre eux leur participation à la *Sponsio* ? Ce serait inadmissible. L'expiration du délai de trente jours ne privait le *Sponsor* que d'un seul de ses moyens de preuves. On ne peut objecter que l'expiration du délai sans agir lui coûtait sa libération, ce serait illogique. Ce n'est pas pour s'affranchir de son obligation qu'on s'engage comme caution, « malgré que le créancier n'ait pas préalablement fait la *prædictio* », mais il est naturel

qu'on ne veuille répondre que dans la mesure où la loi l'ordonne. Et pour assurer au Sponsor garant les facilités et les avantages qui lui revenaient de droit, on a contraint le Creditor indirectement par la menace de voir les cautions se libérer au cas d'absence de *prædictio*, au respect de la loi. Il est vrai que faute d'agir dans le délai de trente jours, le Sponsor caution perdait un moyen de preuve de premier ordre. Car, désormais, comment prouvera-t-il sa qualité de Sponsor accessoire ? Plus l'arme que lui donnait la loi était efficace, mieux devait-on exiger qu'il s'en serve, et quelle difficulté ne devait-il pas y avoir à se faire autoriser à prouver le défaut de *prædictio*, lorsqu'on avait négligé d'user de la faculté accordée par la loi *Cicereia* et laissé ainsi présumer sa qualité de Sponsor principal. — La loi, néanmoins, ne pouvait pas, passé le délai de trente jours, proscrire toute preuve du défaut de *prædictio* et considérer le non usage de la faculté accordée par la loi *Cicereia* comme donnant fatalement à tous les Sponsores la qualité de *correi debendi*. Les contrats où viennent d'ordinaire s'adjoindre des cautions, sont pour la plupart des contrats de prêts, où le créancier peut contraindre les contractants à passer par ses exigences et les Sponsores à s'engager sans *prædictio*. Le délai de trente jours donné au Sponsor pour réclamer sa libération, dans ce cas, était un moyen très efficace de contraindre le créancier à la formalité de la *prædictio*.

En ce qui concerne la première partie de la loi, aussi, que nous n'avons pas encore examinée, M. Lévy con-

sidère que l'opinion générale ne donne pas de résultat satisfaisant. Nous avons vu, en effet, plus haut, que Gaius (III, 177) exigeait encore l'engagement *uno actu* du Sponsor principal et Sponsor caution. Toujours dans Gaius (III, 178), il nous est dit que des représentants de l'école Proculienne autorisaient une Sponsio accessoire postérieure. De tout cela on peut déduire qu'à l'époque de la loi Cicereia l'*unitas actus* était encore exigée pour la validité de l'engagement des Sponsos principaux et des Sponsos cautions. Liebe, Bekker, ont compris ainsi la loi Cicereia et c'est même d'elle qu'ils s'inspirent pour conclure à la nécessité de l'*unitas actus*.

Malgré cela, l'opinion dominante est d'un avis contraire. Auschke (Gaius, p. 90), Salpius (Novation, p. 168), Hasenbalg, Karloma et même Girard, supposent soit formellement, soit implicitement, que les Sponsos garants s'engageaient séparément. M. Appleton, selon M. Lévy (1), seul, interprète les mots « accep-

(1) M. Appleton (Rev. de lég., 1876, n° 554) dit seulement : « Ce créancier, en recevant des cautions, doit annoncer à haute voix et le chiffre de la créance et le nombre des adpromettants *qui s'obligent* pour la garantie. »

Mais il admet que les sponsos pouvaient s'obliger en différents temps. Cela est certain pour l'époque d'Ulpien, puisque le fragment du livre III des disputationes d'Ulpien, publié par Lenel (Sitzungsberichte de l'Académie de Berlin, t. 39, 1904, p. 10), prouve qu'ils pouvaient s'obliger en différents lieux : « *ut in Furia lege spectamus ubi sponsus accedit. Denique ex duobus sponsoribus quorum alter in Italia, alter in provincia acceptus est, eum demum relevat qui Italiens est.* (Les lettres restituées sont en italiques). M. Buisson le cite feuille 12, p. 1.

turus sit » comme un « acceperit »; tous les autres auteurs précédents cherchent à maintenir le futur. Cependant quand Hasenbalg traduit ainsi : « combien de sponsores il *aura* ou *trouvera*, il semble bien se ranger du côté du parfait (acceperit). Comment se ferait-il alors que Gaius, si minutieux d'ordinaire, n'ait pas ajouté pour cette seule hypothèse « acceperitve », surtout alors qu'il étudiait le texte d'une vieille loi, et qu'il devait le faire avec toute la précision possible. La vérité est que ce futur est justifié par le fait que le *prædicere* précédait sûrement l'engagement des parties et qu'il fallait nécessairement, pour conserver la précision des termes, employer le futur.

On se rend facilement compte du motif pour lequel les auteurs ci-dessus déniaient toute simultanéité à l'engagement par *Sponsio* à l'époque de la loi *Cicereia* : c'est que si tous les *Sponsores* s'engagent ensemble, le but qu'ils prétendent assigner à la loi ne peut plus lui être raisonnablement attribué. Chaque *Sponsor* voit bien avec qui il s'engage; il n'y a qu'une chose qui peut rester obscure pour lui, c'est celle de savoir en quelle qualité ses *Co-Sponsores* s'engagent; mais combien et quels ils sont, il n'avait nullement besoin du créancier pour le savoir.

D'un autre côté, comment le créancier aurait-il pu mentionner dans sa *prædictio* des cautions qui se seraient engagées ultérieurement et qu'il pouvait ne pas encore connaître; il aurait pu, par la suite, augmenter le nombre fixé pour celle-ci dans la *prædictio*. Ces cautionnements imprévus auraient-ils été nuls ? Ce

n'aurait été ni l'intérêt du créancier, ni celui du débiteur, ni des cautions précédentes. Aussi on ne l'a jamais soutenu. Et alors, à quoi eut servi une *prædictio* faite en de semblables conditions. Elle n'aurait pu expliquer tout au plus que la formation probable des rapports légaux, entre créanciers, débiteurs et cautions, ainsi qu'entre cautions entre elles. Comment d'ailleurs compter sur des cautionnements futurs et non encore réalisés, et quelle valeur attribuer aux cautions qui viendraient s'adjoindre au nombre de co-Sponsors antérieurement prévu. Le créancier pourrait-il les poursuivre et leur demander à elles aussi l'exécution de l'Obligation; les cautions de la première heure auraient-elles leur recours contre elles ? ou bien les rapports légaux ne pourront-ils s'établir qu'entre les débiteurs et cautions prévus à la *præscriptio* ? Ce dernier résultat paraît bien improbable, et dans le cas contraire quelle eût été la valeur de la *præscriptio* ?

On le voit, autant d'hypothèses, autant d'impossibilités qui surgissent et ce n'est pas trop dire que de considérer l'opinion dominante comme insuffisante ; l'on est obligé de reconnaître quelque avantage et quelque probabilité à la théorie de M. Lévy que nous venons d'exposer au point de vue dogmatique comme aussi historique.

En résumé, elle consiste à soutenir que le but de la loi *Cicereia* était de permettre de distinguer les *Sponsors* débiteurs principaux solidaires, des *Sponsors* cautions, seuls admis à invoquer la loi *Furia*.

Du Développement ultérieur de la Sponsio

Après les lois que nous venons d'étudier, la sponsio accessoire ou de cautionnement avait achevé son évolution et obtenu une existence autonome et légale; elle était ainsi au terme de son développement juridique. la lex Cornélia juxtaposée probablement un siècle plus tard amena autant que nous le savons la première rénovation, mais d'après ce que nous savons de ces dispositions, elle apparaît comme une mesure purement politique; elle limitait le taux du cautionnement à une somme maxima, sans influencer en quoi que ce soit sur l'essence de l'institution.

Une modification d'une importance autrement considérable s'est effectuée un siècle plus tard sous l'influence évidente des règles de la Fidējussio qui faisait alors son apparition. Comme le rapporte Gaius (III. 178) l'école Proculienne ne voulait plus considérer comme entraînant novation l'adjonction d'un Sponsor caution postérieurement à la Sponsio première. Pour M. Lévy, Gaius ne veut pas dire autre chose, et il est évident pour lui que Bekker (Proc. cons. p. 190) interprète mal le

passage en lisant comme s'il y avait à peu près « *alteram rei (principalis) Sponsionem* » au lieu de « *Sponsio adjectionem ant detractioem* ». Si le débiteur principal Spondait à nouveau, il est certain et personne ne l'a jamais contesté que la première Obligation serait novée. Autrement la deuxième obligation eut été sans effet par rapport au débiteur principal et l'on n'aurait jamais pu en conservant la règle de l'*unitas actus* transformer une obligation pure et simple en obligation corréale ou garantie par des cautions.

On en vint donc à reconnaître la légitimité d'une *Sponsio* additionnelle postérieure et à écarter la nécessité de l'*unitas actus*, tant dans les rapports du débiteur principal et des cautions que dans ceux des cautions entre elles. A côté de la formule : « *Titi, idem dari Spondes ?* », se trouva désormais une autre formule qui, dans ses termes, devait nécessairement être plus explicative, obligée qu'elle était de se relier à la *Sponsio* primitive : « *Quod seius spopondit, Titi, idem dari Spondes ?* » — Cette formule ne devait, ainsi que les *Proculiens* veulent évidemment le dire, entraîner novation que si elle n'avait pas été précédée de la *prædictio* exigée par la loi *Cicereia*, auquel cas elle était principale et par suite novatrice; si au contraire elle avait été précédée d'une *prædictio*, la *Sponsio* principale ne devait pas être touchée, et, par suite, cette nouvelle *Sponsio* n'avait d'autre effet que d'entraîner l'adjonction à l'obligation principale de celle résultant de la nouvelle *Sponsio* accessoire.

Toutefois, aucune loi n'intervint pour statuer sur

cette nouvelle réforme. Elle fut réalisée par la jurisprudence. Malgré les résistances des Sabinien, qui maintenaient toujours la nécessité de l'unitas actus, la nouvelle opinion Proculienne qui donnait plus de satisfaction aux besoins du commerce paraît avoir triomphé avec les derniers Sabinien.

Nous sommes assez mal renseignés sur la période postérieure à Gaius, parce que tous les passages du Digeste qui, primitivement, se rapportaient à la Sponsio, ont été interpolés. Mais quelques passages paraissent néanmoins avoir effleuré la question. A un passage même des nouveaux fragments, Ulpien nous parle des discussions que souleva la question. Trois fragments d'Ulpien et un de Papinien deviennent dès lors absolument suspects. Par contre, on ne peut, pour éclairer notre sujet, faire état de ce que dit Julien (D. 45, 2, 6, 3). Bekker prétend déduire de ce dernier passage que l'usage de s'engager de suite après le reus debendi qu'il cautionnait se serait appliqué aussi au Fidejussor. Cependant, il n'est nullement question ici d'un tel usage, mais seulement de la possibilité, pour cette éventualité, de se produire sans que l'efficacité de l'obligation principale ou accessoire soit compromise. Liebe croit que le passage ne concerne que les Fidejusseurs, mais il n'est nullement impossible que Julien ait réellement traité en cet endroit de la Sponsio; c'est possible, moins parce que la phrase finale qui parle du Fidejussor a été interpolée que parce que les mots par lesquels elle débute paraissent correspondre à une pensée précédente qui s'appliquerait à la Sponsio. L'on donnerait

ainsi une explication convenable des mots « fidejussor quoque » qui commencent la phrase finale et, d'un autre côté, on comblerait la lacune qu'entraîne la phrase du milieu : « Modicum tamen intervallum... duo rei sunt ». Il n'est, en effet, pas douteux que le fragment a été remanié au moins en partie par les compilateurs. Ainsi de l'avis de M. Levy, le « modicus actus » est simplement un non sens ; les mots « nihil impedit, quo minus duo rei sunt » forment une transposition choquante au point de vue grammatical de la phrase « non impedire obligationem reorum » ; que la pensée « qui modo contrarium obligationi non sit » est présentée à la fin de chaque phrase comme une insignifiante copie des mots « qui contrarius sit obligationi » et que la proposition ne contient rien qui n'ait déjà été exprimé avant ou après et dans un bien meilleur style.

Attaquons maintenant l'étude du premier fragment d'Ulpien qui, bien qu'il ne fournisse que de maigres renseignements, mérite néanmoins de retenir l'attention parce qu'il a déjà été étudié à propos de notre question et parce qu'en fin de compte, il donne quelques indications. Huschke a déjà indiqué ce passage (D. 42, 6, 1, 10 et 11), mais sans avoir pu l'expliquer d'une façon satisfaisante parce que, pour lui, l'exigence de l'unitas actus pour les Sponsiones principales et accessoires n'est qu'une doctrine erronée, même pour l'époque pré-classique et républicaine. En tout cas, il a été frappé qu'Ulpien parlant de la séparation des patrimoines, et envisageant le cas d'un héritier qui fournit caution pour la dette contractée par son auteur ait dé-

claré qu'il y avait là une novation de la dette héréditaire. L'auteur prétend qu'Ulpien fait ici allusion à une mauvaise interprétation et qu'il n'y a pas là une novation proprement dite. En réalité, le passage cité enrichit d'abord la collection des fragments où l'on a ajouté l'*animus novandi*. C'est ici, justement, que l'interpolation est remarquable. Ulpien lui-même reconnaissait à priori, conformément aux principes classiques, une novation dans la stipulation par laquelle un héritier promettait ce que devait son auteur défunt : le créancier devenait créancier personnel de l'héritier et, dit le texte, « *amisit separationis commodum* ». Cela ne pouvait convenir aux compilateurs et, de suite, ils ajoutèrent un « *novandi animo* », puis encore « *hoc animo* », enfin « *ea mente* ». Puis, sans voir que la novation éteignait l'obligation primitive, ils voulurent expliquer leur pensée en ajoutant : « *nec possunt jam se ab eo separare, qui quodammodo eum elegerunt* ».

Le paragraphe 11 fait allusion d'un façon très caractéristique au cas où l'on se trouve en présence de cautions et commence ainsi : « *Item quæsitur, si satis acceperunt ab eo, an impetrent separationem* ». Les mots « *et non puto* » qui suivent, doivent être mis encore au compte de Ulpien, de même que « *hi enim secuti sunt eum* » ; mais aux yeux de M. Levy, la façon dont se suivent ces deux phrases décèle la main de Tribonien : de la façon, en effet, dont sont placés les derniers mots, ils font l'impression d'indiquer une antithèse avec le cas où un créancier « *heredem non secutus est* » ; c'est pour cela que Mommsen a cherché à y suppléer en

plaçant en tête de la phrase un « et ». En tout cas, quelque chose paraît y manquer; peut-être l'examen du cas où l'héritier lui-même promet par sponsio à nouveau avec le sponsor caution, ce qui amènerait certainement Ulpien à se reporter à sa solution précédente, « hi secuti sunt eum ». — Pourquoi, ajoute M. Levy, trancher les autres cas qu'envisage le passage par un « non puto » ? Les motifs manquent. Plutôt que de donner les raisons, les compilateurs tâtonnent et cherchent au hasard (forte) à motiver leur solution en alléguant que peut-être les garants pourraient bien être insolvables, auquel cas leur suffit cette considération : « et sibi imputent cur minus idoneos fidejussores accipiant ». Outre que cette phrase si banale porte bien, aux yeux de M. Levy, le sceau de son origine, on y retrouve le « sibi imputare » en usage à l'époque impériale et qui pourrait bien être un terme favori de Tribonien, et enfin les mots « satis accipere », suivis d'un accusatif, « idoneum »; parmi tous les passages qui contiennent l'expression « satis accipere », dans Gaius et au Digeste, notre paragraphe est certainement le seul qui contienne un accusatif. Il se peut que, dans ce passage, Ulpien ait distingué selon que le satis accipere avait consisté dans une sponsio ou une fidejussio, et mis en garde contre l'emploi imprévoyant de la formule « quod Titium (heredem) dare oportet (id.) dari sonpdes ? », dans le cas où l'héritier fournissait des sponsiores accessoires. Pour qu'un cautionnement ainsi donné fut valable, il fallait évidemment que l'obligation du défunt eut été contractée verbis. Ulpien pouvait

aussi, en première ligne, examiner si cette hypothèse ne devait pas être exclue à priori, parce qu'une sponsio postérieure à l'obligation principale n'était pas possible. Quoique cette difficulté ne fût plus décisive pour Ulpien qui, dans un autre passage, déclare nettement partager la doctrine Proculienne, il pouvait se rendre compte que la doctrine Sabinienne était encore prépondérante peu auparavant, et c'est pourquoi il pouvait mal se dispenser d'examiner le cas. D'après Lenel, il faudrait lire Ulpien (D. 4, 2, 11, 8), ainsi : « Si quis per vim facto vadimonio portea sponsorem adhibeat, is quoque ilberatur ». S'il faut se ranger à l'avis de Lenel, et pour . Levy, ce n'est guère douteux, il s'ensuit immédiatement qu'Ulpien tenait pour valable une sponsio postérieure.

Cela nous est d'ailleurs confirmé par le témoignage le plus authentique qu'on puisse trouver. On lit dans un passage d'Ulpien, dont M. Lenel a réussi à retrouver le texte original : « Nec tamen ideo quod obligationi in Italia contractæ pignus accessit, pignoris dandi in Italia contractus est, sed si pignus in Italia contractum est hoc est conventio de pignore : ut in Furia lege spectamus, ubi sponsor acceptus est, non ubi obligatio contracta, cui sponsus accedit. Denique ex duobus Sponsoribus, quorum alter in Italia, alter in provincia acceptus est, eum demuni relevat qui Italicus est. »

Ici, ce n'est pas en tout premier lieu le défaut d'unité de temps dans l'obligation, mais bien le défaut d'unité de lieu qui empêche l'unité de l'acte. Car enfin, le défaut d'unité de lieu suppose bien aussi la discon-

tinuité de l'acte. La Sponsio postérieure reste pourtant valable, si bien que c'est le lieu du cautionnement, et non celui de l'engagement principal, qui détermine la compétence de la loi Furia.

La manière même dont Ulpien indique l'origine de la jurisprudence qu'il mentionne est remarquable; il ne l'indique pas comme ayant immédiatement pris naissance dans la loi Furia; il nous dit : « In lege Furia spectamus »; c'est le résultat d'une interprétation récente. Pourquoi ? Parce que tant que les engagements des Sponsores principaux et accessoires furent régis par la règle de l'unité d'acte, la question ne pouvait pas se poser.

D'autre part, la relation de la lex Furia avec le droit perfectionné du Sponsor garant à l'époque classique, éclaire le passage si discuté de Papinien (D. 46.1.48.1), lequel est ainsi conçu : « Huic similis et illa quaestio viderit potest ubi aetatem si restituatur in integrum unus fidejussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat. Sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit propter incertum aetatis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus sit minor ut fidejubeat, non magis creditoris succurrendum erit adversus confidejussorem, quam si facta novatione circumvento minore desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari. » Girtaner avait déjà remarqué que Papinien ne traitait nullement ici de la Fidejussio, ni du beneficium divisionis, mais bien de la Sponsio et de la loi Furia. Peu d'années pourtant se passèrent avant que cet auteur (Archiv. p. prat. civ., vol. 43,

p. 275 et suiv., 1860). Goldschmidt (Annales de Thering, v. 26, p. 362 et suiv.) essaie de soutenir que Papinien avait traité ici de la Fidejussio et non de la Sponsio. Les arguments pourtant ne sont pas concluants : ceux qui ont le plus de valeur sont ceux qui se rapportent aux deux phrases « onus obligationis integrum excipere debeat » et « ita demum alteri totum irrogandum est », dont la première ne prouve rien pour qu'on écarte ici l'hypothèse de la loi Furia, et dont la deuxième est sujette à caution. D'autre part, les questions traitées par Papinien au *præmium* et au paragraphe 1^{er}, dans le domaine du droit des Fidejusseurs, sont indiscutables; c'est, en effet, la date de l'échéance et de la *litis contestatio* qui fixe le nombre des cautions solvables entre lesquelles le *beneficium divisionis* produira ses effets; il ne peut nullement alors être question de ce partage de la dette dans notre hypothèse, si, à cette époque, la femme est déjà « *subducta* » (1), ou le mineur déjà restitué. Cela résulte clairement, pour M. Lévy, des mots « *dabimus actionem* »; il est vrai que dans le paragraphe 1^{er} on ne parle pas de cette action, mais c'est précisément ce silence qui est caractéristique; puisque c'est la *litis contestatio* qui fixe pour le Fidejusseur la part de dette à sa charge, et que dans notre passage, il n'est

(1) Si Tutius et Seia pro Maevio fidejusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem, cum scire potuerit aut ignorare non debuerit mulierum frustra intercedere (D. 46.1.48 pr.).

pas parlé de cette *litis contestatio*, c'est que le bénéfice de division n'en fait pas l'objet; qu'il doit traiter d'une garantie donnée à la caution pour assurer le partage de la dette, que cette garantie opère *ipso jure*, et que ce ne peut être, par suite, que l'action que possède la caution en vertu de la loi *Furia*.

A cela, il faut ajouter les remarques suivantes. On suppose, dans l'hypothèse prévue par Papinien, que le créancier réclame au Prêteur l'obtention d'une action spéciale plus favorable que celle que lui accorde la loi et que celle-ci lui est refusée à raison de son dol. L'hypothèse ne pourrait être envisagée, si l'on s'occupait ici de la *Fidejussio*. Le créancier ne saurait, en effet, en ce cas, désirer mieux que ce qu'il a déjà, la garantie de tous les garants *in solidum*; on ne voit pas comment on pourrait encore améliorer sa condition. Au contraire, si, comme M. Lévy le suppose, c'est de la *Sponsio* qu'il s'agit ici, le créancier n'a, en vertu de la loi *Furia*, action contre les cautions que pour leur part, et s'il demande ici pour des raisons particulières une *actio in solidum*, il faut qu'elle lui soit donnée par le prêteur à l'encontre du droit positif. Dans ce cas, c'est bien le créancier qui mérite que, par une faveur particulière, on lui vienne en aide.

L'inexactitude de l'opinion de Goldschmidt appert donc déjà d'une façon frappante, et il se trouve forcé de traduire « non... *creditori succurendum erit* » comme s'il y avait « *fidejussori succurendum erit* »; l'autre caution jouit du bénéfice de division.

Au contraire, Lenel reconnaît bien que dans notre

passage il s'agit du Sponsor. Mais comment résoudre le problème que nous ont posé les Compilateurs ?

Le paragraphe 1^{er} est, dans son contenu actuel, complètement incompréhensible ; il faut le remanier à fond et l'on peut ainsi en faire ressortir bien des choses intéressantes.

Reprenons l'hypothèse ; tout d'abord, Papinien envisage le cas d'un garant qui aurait une femme pour co-garante. Sans hésiter, Papinien accorde contre lui une action in solidum qui rend illusoire le droit qu'il tient de la loi Furia pour la seule raison que : « Scire potuerit ant ignorare non debuerit mulierem frustra intercedere ». Dans le paragraphe 1^{er}, il passe à une question qui peut paraître semblable, à première vue, mais doit être interprétée tout différemment. Son hypothèse envisage le cas d'un mineur qui s'engage comme caution. L'argument dont s'est servi Papinien dans la première hypothèse ne peut trouver sa place ici, car il n'est pas toujours facile de lire son âge sur la figure d'une personne, et la volonté du mineur de se faire restituer un jour contre son engagement est aussi peu visible que la décision du prêteur. C'est pour cela que Papinien doit motiver différemment sa solution. Il choisit comme base de distinction le fait qu'il y a simultanément ou non dans l'engagement des Sponsores accessoires, et, suivant qu'il y a simultanément ou non, sa solution diffère. Après avoir précisé le cas, il nous dit : « Sed ita demum alteri totum inogandum est, si portea minor intercessit ». Nous nous trouvons ici en présence d'une difficulté insoluble : pourquoi, dans

ce cas, la loi Furia ne s'applique-t-elle pas ? Le texte nous en donne bien une raison, mais quelle raison ? « Propter incertum ætatis ac restitutionis » nous dit-il. Le garant répond donc de la totalité de la dette au cas de la Sponsio postérieure d'un mineur ? Le sens très bien vu par Cujas est ? Pourquoi le fidejusseur n'est-il tenu in solidum *que dans le cas seulement* où le mineur a cautionné après, ce qui revient à dire : pourquoi n'est-il tenu que pour partie dans *le cas* où le mineur a cautionné en même temps ? parce qu'alors, il pourrait *croire n'être obligé* que pour partie : propter incertum, ætatis ac restitutionis. La difficulté n'existe que par suite du laconisme excessif de Papinien. Mais ce motif, « incertum ætatis ac restitutionis », aurait eu la même valeur dans le cas de simultanéité d'engagements. Autre remarque : dans le cas où le cautionnement du majeur est antérieur, l'âge et la volonté de se faire restituer du mineur qui cautionne ultérieurement la dette sont inconnus du premier garant ; il est souvent même ignorant de la possibilité d'un cautionnement futur ; comment pourrait-il alors être dans l'incertitude sur les qualités physiques et morales d'un personnage encore tout hypothétique ? C'est précisément pour cela que le « propter incertum ætatis, etc. » s'applique au cas de simultanéité des deux cautionnements, et ne peut s'appliquer qu'à ce cas. Le fait que le premier Sponsor garant ne peut invoquer le bénéfice de la loi Furia dans le cas que nous envisageons avec Papinien a donc d'autres motifs, motifs qui ne nous ont pas été transmis et que pourtant Papinien devait développer.

On peut tout d'abord établir que la phrase dont il s'agit n'a pas pu se trouver chez Papinien à la place où on la trouve dans le Digeste. Elle avait sa place toute naturelle (d'après ce que nous venons de dire) après l'examen du cas de cautionnements par engagements simultanés. Pourquoi n'est-elle pas restée à cette place, pourquoi l'y cherchons-nous inutilement ? C'est parce que, croyons-nous, entre les mots « intercessit » et « propter », se trouvent effacés non seulement la raison du refus du bénéfice de la loi Furia en cas de cautionnement postérieur d'un mineur, mais aussi l'exposé et la décision donnée pour le cas de cautionnements simultanés d'un majeur et d'un mineur. On ne peut, en effet, mettre en doute que Papinien établit une distinction entre ces deux cas, motive sa distinction et examine les deux hypothèses. Il faut donc reconnaître dans l'absence de cette partie un signe infaillible de l'ingérance des compilateurs. Ajoutons donc maintenant avant l'énoncé de la phrase « propter... » l'examen du cas de simultanéité d'engagements d'un majeur et d'un mineur et tout s'arrange à merveille. Car, dans ce cas, la loi Furia va s'appliquer; elle a été créée pour les cas de simultanéité d'engagements, et son application sera ici toute naturelle. Cette solution est seule conséquente et rend notre passage plausible jusqu'à la phrase finale.

L'opinion dominante, elle, envisage cette dernière phrase comme décisive dans la solution qu'elle donne pour les fidejusseurs. Cette phrase prouverait, selon elle, que le refus du bénéfice de division, en cas de

cautionnement postérieur, doit être mis au compte de la minorité du co-garant. Cette doctrine, si on la reporte au droit du Sponsio, est diamétralement opposée à celle de M. Lévy. Girtaner, en particulier, s'est chargé de traduire son opinion en rapportant notre texte à la Sponsio. Puisque la phrase finale, dit-il, se rapporte immédiatement à celle qui la précède « si postea minor intercessit » et qu'elle nous affirme que le créancier ne saurait réclamer aucune actio in solidum en cas de dol de sa part, cela doit signifier que la garantie offerte à la caution en vertu de la loi Furia fonctionne aussi bien avec un engagement de garantie postérieur et qu'elle ne serait exclue en général que par la minorité du co-garant; mais que le dol du créancier amènerait une dérogation à cette dernière règle. Ce dol du créancier ne pourrait cependant, pour M. Lévy, faire naître une garantie qui n'existerait pas d'après le droit applicable au cautionnement par Sponsio. En effet, comme nous l'avons dit plus haut, la minorité ne jouant aucun rôle dans le refus du bénéfice de la loi Furia en cas de cautionnement postérieur par un mineur. Le dolus du créancier également, cause déterminante du cautionnement du mineur, ne saurait avoir une importance quelconque. Ce n'est que là où la minorité en général sera prise en considération qu'on pourra lui attribuer des conséquences juridiques, c'est-à-dire dans le cas de cautionnements simultanés. Et c'est à ce cas, et non à celui de cautionnements par actes séparés, que doit se rapporter la phrase finale. Cela est d'ailleurs confirmé par le mot qu'elle contient, « Consponsor »,

qu'on retrouve dans Cicéron et dans Festus (Ad Att. 12.17). Ce terme n'a, en effet, jamais été employé que dans le sens le plus étroit de co-garant, c'est-à-dire pour des cautions engagées par la même Sponsio. Cette solution s'accorde parfaitement avec l'ordre et la suite des idées que nous avons proposées et d'où il résulte que Papinien traita d'abord des cautionnements par actes séparés et ensuite simultanés, que, par suite, il avait traité en dernier lieu le cas où la loi Furia trouve son application. Il devait donc être question ici d'une exception donnée « corrigendi gratia » pour des cas où l'on donnait une action in solidum.

Cependant, il reste une lacune à combler. Nous nous trouvons dans la discussion du cautionnement par engagements simultanés. La caution ne s'engage donc ici que pour sa part personnelle. Que signifie donc la phrase finale qui fait dépendre l'application de la loi Furia d'un dol du créancier ? Les mots qui commencent la phrase, « quod si... » nous fournissent une indication. Ils montrent par antithèse un cas dans lequel s'applique bien la loi Furia, mais où, pour des raisons spéciales, on écarte son application. Ce cas visé, ne peut être trouvé dans le texte, mais on peut le deviner en réfléchissant sur les mots « propter incertum ætatis ac restitutionis », mis en rapport avec le dolus du créancier. Que serait-il arrivé, en effet, si le garant, lors de son engagement, ne s'était pas trouvé dans l'incertitude sur l'âge de son co-garant, dans l'hypothèse de cautionnements simultanés, qui est toute différente de celle signalée en premier lieu par Papinien. La ques-

tion est de savoir si, en cas d'engagements simultanés, le prêteur donnait une action *in solidum*. Il pouvait très bien ici, y avoir une solution différente ou des motifs différents et il n'est pas possible de reconstruire la décision de Papinien, car ici le co-sponsor majeur connaît le mineur qui se porte caution avec lui ; il peut ou doit savoir que son engagement n'est pas valable.

Nous ferions encore un pas en avant dans la même suite d'idées, si l'on passait au cas où il y a certitude sur l'âge du mineur caution et, sur son désir d'être restitué contre son engagement. Mais alors, il y a dol certainement et aucun doute ne pouvait s'élever : « Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succuratur, ipsi tamen non succuretur. » (Paul I, 9, 6). Ce serait en effet une injustice révoltante de faire bénéficier de la loi Furia le sponsor qui, dans une intention frauduleuse, se présenterait avec comme co-sponsor un mineur désireux d'être restitué plus tard contre son engagement. Qu'on accorde ici au créancier une action *in solidum*, c'est tout naturel et plus conforme encore à l'équité que dans le premier cas où il ne s'agissait que d'une négligence du sponsor. Mais si le sponsor n'a pas trompé le créancier, si c'est au contraire ce dernier qui a trompé le sponsor, en faisant répondre un mineur, c'est la solution adverse qui est admise : « non creditori succurendum erit adversus consponsorem ».

Voilà beaucoup de concordance dans les résultats et l'hypothèse est plausible ; il faut bien en effet admettre : 1^o) que si Papinien avait joint au cas envisageant

l' « *incertum ceteris ac restitutionis* » celui du « *certum ceteris...* », et à celui-ci encore celui du *dol* du sponsor, il aurait donné dans ce dernier cas au créancier une action *in solidum*; — 2°) que la suite des pensées de Papinien telle qu'on vient de la retracer est très-logique et fort probable, si l'on songe que le premier cas conduisait tout naturellement aux suivants, et que la phrase finale trouve ainsi une explication facile, attendue même, alors qu'elle devrait rester sans cela incomprise et inexplicable. En outre, il est permis sans doute d'imputer aux compilateurs l'omission d'une troisième phrase, alors qu'ils sont convaincus d'en avoir déjà biffé deux et d'avoir remanié tout le passage.

Reste maintenant la question de savoir pour quelle raison (puisque la minorité n'entre pas en considération), Papinien, au cas d'un cautionnement postérieur donné par un mineur, fait supporter au majeur la totalité de la dette. Il n'y a rien là d'extraordinaire si l'on se range à la doctrine de M. Lévy. — La solution de Papinien paraît basée sur la nature même de l'institution de la *sponsio*. — Nous avons expliqué comment le droit de recours de la loi *Appuleia* et les avantages accordés aux *sponsores* par la loi *Furia* avaient pris naissance dans le développement logique des effets de la quasi-société reconnue entre les *sponsores*, et comment cette pensée est toujours vivace à l'époque de *Caius*. Depuis les lois sur le cautionnement, cette quasi-société d'abord de fait, puis de droit, a pris un nouvel essor; les avantages reconnus aux *consponsores quasi-socii* leur revenaient *ipso-jure*.

Lorsque les Proculiens eurent autorisé l'adjonction d'une sponsio accessoire postérieure, il fallut faire subir aux anciens principes régissant la sponsio des modifications correspondantes. Puisque le bénéfice de division résultant de la loi Furia ne pouvait s'appliquer qu'en vertu de la *prædictio* organisée par la loi Cicereia et que cette *prædictio* suppose l'unité d'acte, il devenait bien difficile d'assurer à la loi Furia son application qui, théoriquement pourtant restait possible. La réforme Proculienne, en rendant inutile la *prædictio*, atteignait surtout la loi Cicereia qui l'avait instituée. L'unité d'acte telle que la supposait la loi Furia devait donc subir une transformation et sa compréhension se modifier. Elle était constituée par le fait que plusieurs personnes présentes en face d'un créancier en s'engageant envers lui, s'unissaient aussi par là entre elles dans une sorte de société créée par l'intérêt commun, société dont les conséquences d'abord de fait furent reconnues ensuite légalement.

Mais lorsque l'engagement des sponsores n'avait pas lieu « *uno actu* », ceux-ci ne pouvait invoquer les avantages octroyés aux consponsores qui s'étaient engagés simultanément. Il n'y avait aucune base commune sur laquelle réunir des engagements semblables, mais distincts et indépendants les uns des autres. Sans doute il y a entre eux la corréalité et la litiscontestation contre l'un éteint l'action contre les autres; mais cela n'implique aucun rapport entre eux, cela résulte tout simplement de l'unité d'objet de la dette et du principe : « *bis de eadem re ne sit actio* » (V. Eisele : *Archiv. Pr.*

civ., vol. 77, p. 423). On ne peut faire que des garanties données séparément produisent les mêmes effets entre les garants que ceux que produisait l'engagement uno actu de tous les consponsores. Cette unitas actus a toujours été indispensable à l'établissement entre co-garants d'une quasi-société.

Il y en a une double raison qui appartient au droit classique. Ce dernier, en effet, considère certainement comme nulles toutes stipulations en faveur d'autrui. Or, il n'est pas douteux qu'on puisse reconnaître ce caractère à l'engagement pris par un garant qui s'oblige par une Sponsio ultérieure, si cette dernière était capable de faire naître au profit de la caution de la première heure un droit quelconque à un bénéfice de division. Le contrat qui produirait ce résultat serait d'autant plus bizarre, que le droit qu'il conférerait au tiers, c'est-à-dire à la caution primitive, n'y serait même pas mentionné, et que, de plus, il ne serait pas dans l'intention des parties de la faire naître. Ce bénéfice, s'il découlait d'une Sponsio ultérieure, contredirait à l'engagement formel pris par le Sponsor d'assumer l'intégralité de la dette, et il empiéterait sur son obligation. Il serait extraordinaire de prêter aux jurisconsultes romains, dont l'esprit de logique est si connu, un pareil procédé qui entraînerait, sans même qu'une intention en soit manifestée, un avantage non stipulé au profit d'une caution antérieure.

A cette raison s'en ajoute une autre. Précisément, à propos de l'application de la loi Furia, Papinien nous montre au D. 46.1.43 la raison particulière qui donne

le plus d'importance au fait que le Sponsor garant doit avoir connaissance de son co-garant en contractant. Puisque, pour être tenu à la totalité, il suffit de savoir que le co-garant, qui s'engage en même temps, est un incapable, à plus forte raison celui-là doit être tenu à la totalité qui s'engage tout seul, qui, donc, *veut* répondre de la totalité; il ne saurait ensuite prétendre à la division de sa dette. Ce serait d'ailleurs une singulière application d'un principe de droit civil que celle qui ferait dépendre d'un hasard l'application d'une loi conférant aux cautions le droit à un bénéfice de division, car il faut bien reconnaître qu'il dépendrait du hasard seul que les divers Sponsors cautions engagés séparément aient connaissance les uns des autres et puissent réclamer l'application de la loi Furia. Ce serait donner une prime au dol du créancier qui s'efforcerait de cacher aux cautions leur existence réciproque, afin de pouvoir agir contre chacune d'elles pour la totalité. On ne peut objecter qu'aux époques pauvres où le commerce est peu développé, l'exigence de la simultanéité des engagements ne causait point trop de gêne, alors qu'elle était destinée à devenir illusoire lorsque Rome, plus tard capitale du monde, eut atteint la prospérité que nous savons. Il est facile de répondre qu'il n'a jamais existé de lois d'après laquelle un garant ne put s'engager pour la totalité de la dette et qu'on avait, dès les temps les plus anciens, reconnu le principe qui permettait de s'engager pour une part seulement de la dette (Gaius, III, 126). Chaque garant avait donc la facilité de restreindre lui-même son enga-

gement, mais il ne dépendait pas de lui, lorsqu'il avait promis la totalité, de voir son obligation réduite à une quote-part par l'adjonction inopinée de Sponsores ultérieurs. De plus, il était possible aussi au garant nouveau de faire réengager tous les Sponsores primitifs, et ainsi, de former avec eux, uno actu, une quasi-Société.

Nous quittons la Sponsio à la fin de l'époque classique, à une période d'évolution qui, autant qu'on peut en juger d'après les Sources, ne se distingue dans l'ensemble que par un seul point de celle qu'elle avait subie trois siècles auparavant, lors de la loi *Cicereia*. L'exigence de l'*unitas actus* fut abandonnée, en ce sens qu'une Sponsio de cautionnement ultérieure fut déclarée valable, mais elle continua à rester indispensable lorsqu'il s'agissait d'établir et de réglementer les rapports des Sponsores entre eux.

Les Sources, toutes interpolées, qui concernent la Sponsio et la Fidepromissio, ne permettent pas un aperçu plus approfondi. Mais le peu que nous en retrouvons dans les traditions de l'Eglise, permet de conclure que la Sponsio n'avait pas encore disparu complètement au *v^e* siècle. Il résulte d'abord de la loi romaine des Burgondes que le Code Grégorien contenait encore un titre « De Sponsoribus et Fidejussoribus ». On pourrait supposer que ce n'est plus là qu'une réminiscence de Paul, puisque le titre, même dans le plus ancien texte qui nous soit parvenu, ne parle que des Fidejusseurs, mais cette supposition tombe lorsqu'on retrouve encore le Sponsor dans le

Code Théodosien dont deux constitutions, dont l'une (C. Th. 8.18.1.3) date de 315, et l'autre (C. Th. 3.15.1) de 392, doivent avoir eu force de loi, lors de la Codification de l'an 448. Il est vrai que la mention de la Sponsio ne devait plus avoir une grande importance pratique, et c'est ce qui explique que les interprétations plus récentes le passent sous silence. Aussi, le titre de la loi romaine des Wisigoths de 506 « De Fidejussore et Sponsore » ne peut s'expliquer que comme une copie du fragment de Paul, et, hors cet intérêt tout historique, il ne peut revendiquer une valeur pratique. Par contre, l'usage de la Sponsio comme forme d'engagement de garantie a encore été pleinement confirmé à la fin du iv^e siècle par la Vulgata, les passages tels que : Proverb. 6, 1; 17, 10; 27, 13, d'un part, et Proverb. 20, 16; Eccles. 29, 20, d'autre part, montrent suffisamment que saint Jérôme pensait indistinctement tantôt à la Sponsio, tantôt à la Fidejussio.

Il est donc probable que ce n'est que dans le courant du v^e siècle que s'est formé l'état du droit sur lequel repose la Compilation de Justinien. Ce qu'elle nous transmet, c'est un droit certainement en marche depuis déjà des siècles, dont l'évolution a dû commencer d'une manière sensible peut-être depuis l'Edit de Caracalla sur le droit du citoyen romain. Car le peu de variations qu'ont subi les règles de la Sponsio dans les écrits des jurisconsultes classiques peut bien avoir sa raison d'être dans ce fait que la Sponsio était le privilège des citoyens romains, qu'elle continuait de jouir, dans ce cercle restreint, d'une vogue d'autant

plus grande que ces privilèges sombrèrent les uns après les autres dans des courants de droits cosmopolites. Lorsqu'après l'édit de Caracalla, le droit des citoyens romains eut été rendu général, toute raison sérieuse de continuer à se servir de la Sponsio disparut. Depuis longtemps, en effet, elle cessait de donner satisfaction aux exigences du droit de cautionnement et toutes ces raisons s'ajoutant les unes aux autres, expliquèrent l'apparition de la Fidejussio.

DOCTRINE DE M. MITTEIS

Son rapport avec celle de M. Lévy

A la doctrine de M. Lévy sur les origines de la Sponsio, doctrine que nous trouvons très ingénieuse et que nous nous sommes efforcés de justifier, on oppose en Allemagne la théorie de M. Mitteis, partagée jusqu'ici par nombre de bons auteurs, lesquels considèrent les diverses formes du cautionnement romain comme des dérivés des cautions du très ancien droit et des procédures archaïques des *prædes* et des *vades* — Les *prædes* (Mommseu, *Stadtrichte von Salpeusa und Malaca*, 1855, pp. 446-478 — *Gesammelte schrifteu*, 1, 1905, pp. 357-369) — (Z.-S. Wift, 23, 1902, pp. 439-441 — *Karlowa R.-R.-G.*, 2, pp. 47-59), qui n'existent plus sous Justinien, sont les cautions reçues pour leurs créances par l'Etat et à son imitation par les cités de citoyens et les cités latines de l'Empire. Ils s'engageaient, semble-

t-il, habituellement sur une interrogation du magistrat représentant du créancier, selon la formule « Proes es ? — Proes sum » (Varrou : de Li, 1., 6., 74; — Festus v. Proes). Leur intervention avait, croyons-nous, pour effet de libérer le débiteur antérieurement tenu, ainsi que le montre par exemple l'inscription de Pouzzole (Textes, p. 815) dans laquelle un soumissionnaire de travaux publics, voulant rester lui-même tenu à côté de ses garants, n'a d'autres ressources que de se porter son propre proes (loi municipale de Tarente 1, 9, Textes p. 62), et sous ce rapport ils sont plutôt des débiteurs corréaux que de véritables cautions adjointes à une dette principale. Ils étaient sans doute soumis à l'origine à l'exécution sur la personne qui fonctionnait aussi bien contre les débiteurs de l'Etat que contre des particuliers et qui devait même se distinguer par une rigueur plus grande résultant des formes de la procédure civile (Mommsen : Dr. publ. 1, p. 203). Mais en vertu d'un mouvement général accompli pour toutes les créances de l'Etat (Mommsen : Dr. publ. 4, p. 251) l'exécution sur la personne a de bonne heure été remplacée pour eux par l'exécution sur l'ensemble du patrimoine. La principale difficulté relative à cette exécution est de savoir en quel sens la loi de Malaca c. 63-65, qui déclare expressément reproduire les lois en vigueur à Rome, distingue une première venditio prædum faite « lege prædiatoria » et une seconde venditio in vacuum certainement plus désavantageuse pour le proes (Suetone. Claud. 91) faite si la première n'a pu se conclure faute d'acheteur. Suivant une doctrine, la première vente serait faite pour une mise à prix égale

au montant de la dette du *præs*, et faute d'acquéreur dans ces conditions on ferait la seconde à un taux quelconque. Suivant une autre opinion, la *venditio lege præditoria* laisserait au *præs* la faculté de racheter l'immeuble en soldant sa dette (à laquelle se rattacherait l'*usureceptio ex prædiatura* signalée par Gaius p. 61, comme ayant lieu sans bonne fois par un an pour les meubles, et de deux ans pour les immeubles au profit de celui dont le peuple a vendu le bien), et la *venditio in vacuum* aurait un effet irrévocable.

Quoi qu'il en soit, M. Mitteis soutient que les *vades*, cautions de comparution judiciaire, s'engageant en droit récent par stipulation mais données anciennement dans des formes spéciales ignorées qu'Aulu Gelle (16-10) signale comme disparues à la suite de la loi *Æbutia*, auraient pu intervenir dans les rapports des particuliers entre eux. Le fait de fournir caution comme garantie de la comparution judiciaire qui n'est devenue obligatoire que lorsqu'un pouvoir central fut assez fort pour l'imposer aux plaideurs, n'est que le résultat de l'évolution du contrat d'arbitrage ; deux ou plusieurs hommes libres dans le très ancien droit pouvaient convenir plutôt que d'avoir recours à la force de s'en remettre pour trancher leur différent à la sentence d'un tiers qui fixait une compensation à fournir par le délinquant lésé. Ce système qui s'est perpétué dans l'organisation judiciaire jusqu'à une époque où il nous est permis d'en relever les traces a dû fonctionner primitivement pour tous les contrats.

Nul, en effet, dans le très ancien droit n'a pu contracter sans fournir caution. Aux époques reculées en effet, l'homme libre, le *pater familias* ne peut contracter d'obligation. Aucun pouvoir central assez fort ne peut lui imposer le respect des accords conclus ; l'engagement d'honneur même ne peut exister ; chaque famille, chaque foyer a ses dieux spéciaux, ses lares, qui ne sont que les manes des ancêtres et par suite étrangers et même hostiles aux dieux qu'adore le clan, la famille voisine. Pas de religion, pas de croyances communes. Le *pater*, chef du groupe titulaire viager des droits de la famille ne peut les aliéner ni s'engager ; ou plutôt il ne peut s'établir entre lui et son contractant de lien obligatoire. Aucune force ne peut le contraindre au respect de ses promesses. Aussi les anciens se faisaient souvent une gloire de tromper leur prochain par de falacieuses promesses. L'histoire du rusé Ulysse nous montre qu'ils tenaient en haute estime le mépris de leurs engagements. Quelle sûreté alors devait-il y avoir pour le nombre restreint, je le veux bien, mais nécessaire néanmoins des contrats que les hommes libres d'un même groupe étaient amenés à conclure ensemble ? On était fatalement conduit au système où chaque contractant devait fournir des arrhes, des otages, garants de l'exécution d'une simple promesse, par elle-même dépourvue de toute force obligatoire. C'est ainsi que M. Lenel prétend avec raison, croyons-nous, que le *vadimonium* était primitivement le seul mode de contracter. On peut ainsi tenir pour certain que dans la plus haute antiquité le débiteur principal ne s'engageait pas, mais

fournissait à son créancier ses *prædes* et *vades*. Ceux-ci, vraisemblablement déjà connus de la loi des XII Tables, d'après la notice d'Aulu-Gelle, remontent à une antiquité plus lointaine que les débiteurs par *Sponsio*. Si nous manquons de documents en ce qui concerne les *vades*, nous connaissons au contraire par des relations authentiques et par *Fextus* l'engagement du débiteur comme « *idem præes* ». Cet espèce d'emprisonnement du débiteur par lui-même dérive du *præes*, une fois réalisé et admis devint la règle, il n'est pas besoin de le démontrer. On peut donc soutenir avec vraisemblance qu'à une certaine époque, très lointaine, le débiteur dût être son propre *præes*, ou *vas*, que par suite, débiteur et co-obligés s'engageaient indistinctement envers le créancier comme les *prædes* et *vades*. En ces temps reculés, la distinction entre dette et obligation ne peut être faite, et la *Sponsio*, serment religieux, servit précisément à réaliser l'engagement du débiteur principal jadis non obligé à sa propre dette et à le réunir à celui de ses *vades* devenus *Sponsores*.

Mais précisément, à ce point de développement du droit, les théories de M. Mitteis et de M. Lévy doivent se rencontrer en un point commun. Du moment que le débiteur principal peut devenir, à une certaine époque son propre « *vas* », c'est-à-dire s'obliger à sa dette, qu'importe de regarder ce qu'il était auparavant et l'évolution de la conception antique sur ce point. Tous ceux qui, au « *Spondes ne* », répondent « *una voce* » « *Spondeo* » sont des débiteurs et sont obligés, en leur propre nom, à la même dette, sans que leur

obligation ait besoin d'être consolidée, sans que les cautions soient moins obligées que les débiteurs principaux. Ils étaient tous, au contraire, des débiteurs principaux; l'institution du cautionnement n'était pas encore née. Elle ne se dégagea que peu à peu et à ce que nous croyons, de la façon dont le rapporte M. Lévy.

Les deux théories de l'engagement par lui-même du débiteur et du cautionnement se raccordent donc, dirait-on, pourquoi alors passer sous silence les modes de cautionnement primitifs, alors que les *prædes* et *vades* ont dû jouer un si grand rôle dans les législations primitives ? Il y en a une raison majeure, c'est que les *prædes* et *vades* ne sont pas, en réalité, des cautions.

Mommisen a dit, avec raison, que, dans le droit ancien, il n'y a que des débiteurs *correi* et M. Mitteis lui-même reconnaît que le cautionnement ancien n'est pas un cautionnement au sens actuel du droit. Les *prædes* et *vades* sont des débiteurs, comme nous l'avons dit plus haut, tenus à la place d'un autre incapable de s'obliger. Dès qu'il fut admis que celui-ci put être son propre « *vas* », nous arrivons à la *Corréalité* que M. Lévy a assigné avec raison, croyons-nous, comme origine à l'institution du cautionnement.

On peut donc ainsi déclarer que l'incompatibilité (des points de détails mis à part) entre les doctrines de M. Lévy et de M. Mitteis, n'est pas aussi grande qu'on veut bien le penser. M. Mitteis, lui, remonte aux origines les plus anciennes, non du cautionnement,

mais de l'obligation, et aussi les plus obscures. M. Lévy ne discute que les origines historiques du cautionnement; c'est pourquoi nous pensons pouvoir maintenir ses conclusions.

On peut ainsi admettre pour le très ancien droit les idées émises par M. Mitteis, sans pour cela rejeter celles de M. Lévy, qui nous semble établir sur une base très solide, que les débiteurs principaux et les cautions étaient à l'origine des *correi*. Il en donne des preuves très sérieuses et qu'il est difficile d'éluder ou de réfuter. Nous admettons donc, avec lui, que c'est de l'engagement *corréal* que s'est peu à peu dégagée l'institution du cautionnement moderne, qui, d'étapes en étapes, sanctionnées chacune par les lois que nous avons étudiées, n'est arrivée à son plein épanouissement qu'avec la loi *Cicereia*. Mais nous pouvons admettre, sans crainte pour sa doctrine, qu'avant d'arriver à l'étape même dont nous partons, c'est-à-dire, l'engagement *corréal*, celui-ci a été précédé du contrat réalisé à l'aide du *vadimarium*. On peut même assigner cette origine comme commune à tous nos contrats de garantie, gage, hypothèque, cautionnement, qui, découlant de cette source unique, se sont peu à peu différenciés dans leur caractère et leurs effets pour donner naissance à des variétés distinctes de contrats.

Dans le contrat par *vadimonium*, nous avons une promesse principale inopérante, dépourvue de force obligatoire et des otages. Par l'établissement d'une religion commune (et l'on sait la force de la religion chez les peuples antiques, puisqu'elle a été la source

de tous les liens de droit), la promesse faite suivant certains rites est devenue obligatoire par une conséquence de l'acte religieux que représentait le prononcé des termes de la formule. Cet acte religieux est un serment (Mommson : *Dr. publ.*, 1, p. 283); (Cicéron : *De Offi.*, 3,31,11) que la loi des XII Tables reconnaît formellement comme mode de s'obliger. Pour l'époque antérieure, Denys (1.40) nous dit que ceux qui voulaient s'obliger le faisaient par un serment prononcé sur l'autel d'Hercule, et Festus rapporte comme étymologie du mot *Sponsio* le grec *Spondai*, libations faites, « rebus divinis interpositis ». Paul Diacre, abrégiateur de Festus, nous enseigne également que le mot *Consponsor* est équivalent de celui de *Conjurator*; le *Sponsor* est donc un *Jurator*.

La promesse principale, ainsi rendue obligatoire, venue se juxtaposer à l'engagement des *vades*, a donné naissance à l'engagement *corréal*. Mais c'est à tort, croyons-nous, que l'on chercherait jusque là à voir un cautionnement dans l'institution des *vades*, alors que la notion même du cautionnement n'est pas encore née, car il nous semble assez évident, et à coup sûr logique, que l'idée d'engagement principal ait dû précéder celle d'engagement accessoire.

C'est pourquoi nous estimons que c'est avec quelque raison que M. Lévy pose, en principe, que la notion d'obligation accessoire n'est pas aussi ancienne que celle d'obligation principale due par plusieurs à la fois.

On peut ainsi arriver à identifier les origines que

M. Lévy et M. Mitteis attribuent, chacun de leur côté, au cautionnement romain, mais l'on peut dire qu'ils ont pris, pour points de départ, des phases diverses, d'antiquité différente, de l'évolution d'une seule et même institution.

Vu :

Le Président de la Thèse,

APPLETON.

Vu :

Lyon, le 14 Novembre 1911,

Pour le Doyen,

L'Assesseur,

L. JOSSERAND.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 15 Novembre 1911,

Le Recteur de l'Académie,

JOUBIN.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION	5
DU SPONSOR DÉBITEUR PRINCIPAL ET DU SPONSOR DÉBITEUR ACCESSOIRE	11
DE LA NON-TRANSMISSIBILITÉ PAR HÉRITAGE DE LA SPONSIO AU POINT DE VUE PASSIF	17
LOIS APPULEIA, FURIA, PUBLILIA, CICEREIA	23
DU DÉVELOPPEMENT ULTÉRIEUR DE LA SPONSIO	42
DOCTRINE DE M. MITTEIS. SON RAPPORT AVEC CELLE DE M. LÉVY	65
